



בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 3575-10-11

ניתן ביום 21 ינואר 2015

המערערת

ענת עמיר

-

המשיבה

חברת החדשות הישראלית בע"מ

לפני: הנשיא יגאל פליטמן, השופטת לאה גליקסמן, השופטת יעל אנגלברג-שהם
נציג ציבור (עובדים) מר ראובן רבינוביץ, נציג ציבור (מעסיקים) מר אמנון גדעון

בשם המערערת - עו"ד מרים בשקט
בשם המשיבה - עו"ד ד"ר ישגב נקדימון ועו"ד דקלה בירן

פסק דין

הנשיא יגאל פליטמן

1. לפנינו ערעור על פסק דינו של בית הדין האזורי בירושלים (השופט דניאל גולדברג ונציגי הציבור גב' יעל רייכמן וגב' רמה חפץ; תע"א 2602/09), בו הכיר בית הדין במערערת כמי שהייתה עובדת של המשיבה, אך דחה את תביעותיה הכספיות הנובעות מההכרה במעמדה כעובדת.

2. המסכת העובדתית, על פי פסק הדין האזורי:

א. המשיבה היא חברה שמפיקה ומשדרת את תכניות החדשות והאקטואליה בערוץ 2. המערערת הועסקה על ידי המשיבה בתפקיד של עוזרת במאי, החל מחודש דצמבר 2002 ועד לחודש דצמבר 2008, במעמד של נותנת שירותים עצמאית, וזאת "על פי דרישתה ולתועלתה לאחר שהביעה עניין מיוחד שלא להיות מועסקת כעובד, בייחוד נוכח התמורה הגבוהה באופן ניכר ששולמה לה ביחס לתמורה שהייתה משולמת לה כעובד" (ראו ההסכם המצוטט להלן בסעיף 4).

ב. המשיבה שילמה למערערת את התמורה עבור שירותיה כנגד חשבונות מס.

ג. התמורה שולמה למערערת בשקלים, בהתאם לתעריף בדולרים שנקבע ליום עבודה רגיל, ובהתאם לשער חליפין שקבעה המשיבה. המערערת קיבלה עבור מתן שירותיה בימי שישי וחג תמורה בגובה של 150% מהתמורה הרגילה.



בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 3575-10-11

ד. בשנת 2007 הוחזר למשיבה, על פי דרישתה, סכום שקוֹזוּ קודם לכן באותה השנה, בעקבות קביעה של המשיבה לגבי שער הדולר הקובע בתשלום לפריילנסרים.

ה. המערערת ביקשה להפוך לעובדת שכירה במשיבה במספר הזדמנויות לאחר תחילת עבודתה.

ו. בשנת 2008 צמצמה המשיבה את היקף הזמנת השירותים מהמערערת.

ז. בחודש ספטמבר 2008 הציעה המשיבה למערערת להתקבל אצלה כשכירה במשכורת חודשית של 7,500 ש"ח לחודש, בתוספת תנאים סוציאליים. דהיינו – בשכר יומי של 340 ש"ח ליום. המערערת סירבה להצעה זו והציעה הצעה נגדית למשכורת חודשית בסך 8,500 ש"ח בתוספת תנאים סוציאליים, אשר לא התקבלה על ידי המשיבה.

ח. ביום 5.11.2008 שלחה המערערת למשיבה מכתב, בזה הלשון:

"לכבוד: אבי אטיאס

אבי שלום,

בהמשך לשיחתנו אתמול, ברצוני להעלות את הדברים על הכתב. מכיוון שבשבועות האחרונים פגעת באופן מוחשי בתנאי העסקתי בחברה, ומכיוון שעשית כל שיכולת על מנת להבהיר לי שאינך מעוניין בהמשך עבודתי בחברה, הודעתי לך שאני רואה את עצמי בדין מפורטת תוך 30 יום. במהלך השיחה אישרת שזו הוראה שלך "לתת עדיפות לפריילנסרים אחרים", לא הצעת לתקן את הפגיעה ואף לא הכחשת שאינך מעוניין בהמשך עבודתי בחברה ושעשית הכל על מנת להעביר את המסר. לטענתך הצעת לי להפוך להיות שכירה ואני סירבתי (עובדה שמצדיקה התנכלות ופגיעה בתנאי העסקתי?) הצעה זו, שהייתה נמוכה יותר מהשכר אותו משלמת החברה לעוזרי במאי מתלמידים, הייתה הצעה מבזה שכל מטרתה לפגוע בי.

כידוע לך, בשנים האחרונות בשיחות עם דני שדה, אבי וייס ואיתך הבהרתי מספר פעמים כי ברצוני להפוך לעובדת שכירה בחברה, תוך נכונות לפשרה בגובה המשכורת. חברת החדשות/אתה בחרתם להשאיר את המצב כפי שהוא.

העתק: אבי וייס, מנכ"ל חברת החדשות".

(ההדגשה שלי – י.פ.)

ט. אחד השירותים שהתבקשה המערערת לתת למשיבה הוא הכשרת עובדים חדשים.

י. המערערת ביצעה את עבודתה בעצמה.



בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 3575-10-11

יא. על הנסיבות השנויות במחלוקת בהן הסתיים הקשר בין הצדדים, בחודש דצמבר 2008, נעמוד בהמשך הדברים.

ההליך בבית הדין האזורי ופסק דינו

3. לאחר סיום ההתקשרות בין הצדדים, הגישה המערערת תביעה נגד המשיבה, ובה טענה כי חרף העסקתה כנותנת שירות, התקיימו בינה ובין המשיבה יחסי עובד ומעביד, ולפיכך יש לחייב את המשיבה לשלם לה פיצויי פיטורים, דמי הודעה מוקדמת, דמי הבראה, פדיון חופשה והחזר הוצאות נסיעה.

4. המשיבה מצידה טענה, כי המערערת נתנה לה שירותי עוזרת במאי כנותנת שירותים עצמאית (פרילנסרית) כחלק מעסק שניהלה, ובמסגרתו נתנה שירותי עוזר במאי גם ללקוחות נוספים. בתמיכה לטענתה צירפה המשיבה לכתב הגנתה את הסכם העבודה בין הצדדים (להלן – **הסכם ההעסקה או ההסכם**), שבו בין השאר מאשרת המערערת כי היא נותנת למשיבה את שירותיה כנותנת שירותים עצמאית, וכן מצויה באותו הסכם "תנית גדרון". הוראות ההסכם הרלבנטיות הן אלה:

"2. הקבלן יספק את השירותים לחברה מעת לעת לתקופות קצובות או בלתי קצובות, או במסגרת פרויקט זה או אחר, לפי שיקול דעת החברה.

3. הצדדים מסכימים ומצהירים בזאת, כי היחסים ביניהם הינם יחסים של קבלן עצמאי ומזמין שירות וכי לא מתקיימים ולא יתקיימו ביניהם בכל תקופת מתן השירותים ו/או עם סיום יחסי עובד ומעביד, על כל הכרוך בכך והנובע מכך. הקבלן מצהיר, כי העסקתו כקבלן עצמאי כאמור בהסכם זה נעשית על פי דרישתו, לתועלתו ולאחר שהביע עניין מיוחד שלא להיות מועסק כעובד אלא כקבלן עצמאי.

4. תמורת מתן השירותים כאמור בהסכם זה תשלם החברה לקבלן סך של 731 ש"ח ליום (להלן: "התמורה") בתוספת מע"מ כחוק וכנגד חשבונות מס כדין. התמורה תשולם לקבלן בתנאי שוטף + 30.

5. הקבלן, כנותן שירותים עצמאי, ישלם את כל המיסים ו/או התשלומים האחרים שיחולו עליו ויגיעו ממנו בקשר עם מתן השירותים, לרבות (אך לא רק) מס הכנסה, מס ערך מוסף וביטוח לאומי.

6. הקבלן מצהיר, כי בשל העסקתו כקבלן עצמאי, התמורה המשולמת לו על ידי החברה בגין מתן השירותים גבוהה באופן ניכר מהתמורה שהייתה משולמת לעובד, אילו היה הקבלן מועסק כעובד בחברה. הצדדים מסכימים, כי בהתחשב במעמדו של הקבלן כנותן שירותים עצמאי, התמורה שיקבל מהחברה עבור מתן השירותים תהא העלות המלאה, הסופי והכוללת שתהא לחברה בכל הקשר לקבלת השירותים וכי החברה לא תהא חייבת לו ו/או למי מטעמו כל תשלום נוסף, לרבות ומבלי לגרוע מכלליות האמור זכויות סוציאליות כלשהן ו/או פיצויי פיטורים ו/או הטבות ותשלומים אחרים



בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 3575-10-11

כלשהם הניתנים לעובדים על פי דין ו/או על פי הסכמים קיבוציים ו/או הסדרים קיבוציים החלים על עובדים.

7. אם למרות האמור לעיל, ייקבע מסיבה כלשהי על ידי ערכאה משפטית מוסמכת או גורם מוסמך אחר, כי בין הצדדים התקיימו ו/או מתקיימים יחסי עובד ומעביד ו/או כי הקבלן זכאי לזכויות נוספות מכוח מקור אחר כלשהו, כי אז מסכימים הצדדים כי יראו את התמורה ככוללת את זכויותיו הסוציאליות של הקבלן ואת שאר התשלומים הנובעים ממעמד זה, ולפיכך השכר שיגיע לקבלן כעובד בגין כל התקופה לגביה ייקבע כי הגיש שירותיו כעובד הינו 76% (שבעים ושישה אחוז) מסכום התמורה ששולם לו על-פי הסכם זה (להלן: "השכר כעובד"), וזכויותיו הסוציאליות ושארו התשלומים הנובעים ממעמד זה יחושבו רק על בסיס השכר כעובד. הצדדים מסכימים, כי במקרה כזה יחול השכר כעובד רטרואקטיבית מתחילת ההתקשרות בין הצדדים ובהתאם לכך גם ישיב הקבלן לחברה - מיד עם דרישתה - את כל הכספים אשר שולמו לו ביתר קבלן עצמאי, בתוספת הפרשי הצמדה החל ממועד כל תשלום." (ההדגשה שלי - י.פ.)

5. נוכח הסכם זה, טענה המשיבה, לחלופין, כי אם ייקבע שהתקיימו יחסי עובד ומעביד בין הצדדים, הרי שעל המערערת להשיב לה סכומים שקיבלה ביתר, ביחס לסכומים שהיו משולמים לה כעובדת על פי ההסכם.

6. בתשובתה לכתב ההגנה טענה המערערת, כי היא מעולם לא חתמה על ההסכם, וכי חתימתה על גביו זויפה. בתמיכה לטענתה זו הגישה המערערת חוות דעת גרפולוגית, וכן מסמכים המעידים על הגשת תלונה מטעמה למשטרת ישראל בשל זיוף חתימתה על ההסכם. המשיבה הגישה לבית הדין חוות דעת של מומחית להשוואת כתבי יד ובדיקת מסמכים לתמיכה בטענתה כי אכן המערערת חתומה על ההסכם.

7. יצוין כי המערערת הגישה בקשה לבית הדין האזורי למנות מומחה לגרפולוגיה מטעמו על מנת שיכריע בשאלת חתימתה על הסכם ההעסקה. בית הדין דחה את הבקשה בהחלטה מיום 25.11.2010.

8. בית הדין האזורי הגדיר את השאלות העומדות להכרעתו כך:

א. האם התקיימו בין הצדדים יחסי עובד ומעביד, או שמא הייתה המערערת נותנת שירותים עצמאית?

ב. אם תתקבל טענת המערערת כי הייתה עובדת של המשיבה, האם התשלום ששולם לה היה גבוה משמעותית מההצעה שהציעה לה המשיבה אם תיקלט



בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 3575-10-11

כשכירה, וגבוהה מהצעת המערערת להיקלט במשיבה כשכירה תמורת משכורת של 8,500 ש"ח?

ג. האם המערערת אכן חתומה על הסכם ההעסקה, או שמא חתימתה עליו זויפה?

ד. האם נסיבות סיום עבודתה של המערערת מזכות אותה בפיצויי פיטורים ובדמי הודעה מוקדמת?

ה. האם המערערת זכאית לתשלום דמי הבראה, פדיון חופשה ודמי נסיעות, ואם כן באיזה שיעור?

ו. האם המשיבה זכאית לקזז מסכומים המגיעים למערערת סכומים ששולמו לה ביתר, על פי תניית הגדרון שבהסכם?

9. אשר לשאלה העיקרית בתיק, והיא שאלת קיומם של יחסי עובד ומעביד בין הצדדים, טענה המערערת כי במשך שש השנים בהן עבדה עבור המשיבה, עבדה ברציפות, למעט חופשת לידה בת חודש וחצי שלקחה לאחר לידת בתה. המערערת טענה כי ביצעה את עבודתה באולפני המשיבה, לפי סידור העבודה שקבעה המשיבה, ובו נמסרו לה מראש ימי עבודתה בכל חודש. במקרה שבו ביקשה המערערת להחליף משמרת, היה עליה לקבל אישור לכך מן הממונה עליה. המערערת ביצעה את עבודתה באמצעות הכלים של המשיבה. המערערת הייתה כפופה בעבודתה להוראות הבמאי הראשי, וכן היה עליה להגיש למשיבה בכל חודש דו"חות נוכחות שמולאו על גבי טפסים של המשיבה. המערערת ביצעה את עבודתה באופן אישי, ולא העסיקה עובדים שיכלו לסייע לה בעבודתה או להחליף את מקומה. המערערת החנתה את רכבה בחניון המשיבה, אכלה במזנון של המשיבה וענדה תג עובד במתחם האולפנים בו עבדה. על יסוד האמור טענה המערערת, כי היא הייתה תלויה כלכלית במשיבה למחייתה, וכי השתלבה במערך הארגוני של המשיבה, באופן המחייב את סיווג היחסים בין הצדדים כיחסי עובד ומעביד.

10. המשיבה טענה, לביסוס עמדתה כי המערערת אכן הועסקה אצלה כקבלן, כי הפריילנסרים שעבדו בשירותה היו קובעים ביניהם את סידור העבודה, וכי המשיבה רק פיקחה על ביצועו, וכן כי כפריילנסרית, המערערת לא הייתה חייבת לבצע עבודה אליה שובצה. לטענת המשיבה, המערערת הודתה כי היא נתנה שירותיה גם



בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 3575-10-11

ללקוחות אחרים בתקופה הרלבנטית, ובכך אישרה כי היה לה עסק למותן שירותי עוזר במאי. משכך טענה המשיבה כי התקיים בעניינה של המערערת הפן השלילי של מבחן ההשתלבות. עוד טענה המשיבה, כי התמורה עבור שירותי המערערת שולמה לה כנגד חשבונות מס, וכי המערערת דיווחה על עצמה למס הכנסה כעצמאית ואף אישרה כי ניתנה הוצאות שונות בגין עבודתה כגון הוצאות דלק, רכב, טלפון ועוד. עוד הזכירה המשיבה כאמור את ההסכם עליו חתומה המערערת, והדגישה כי התמורה ששולמה למערערת משקפת תמורה המשולמת לעצמאי, ולא לעובד. עוד טענה המשיבה, כי למערערת היה כוח מיקוח מולה, עובדה שנלמדת בין השאר מהתנגדותה לקיזוז שבוצע משכרה כאמור, ומדחיית הצעתה של המשיבה בדבר גובה שכרה לו הייתה מתקבלת כשכירה.

11. במחלוקת זו שבין הצדדים העדיף בית הדין האזורי את גרסת המערערת, וקבע כי אכן התקיימו יחסי עובד ומעביד בין הצדדים. בית הדין הגיע למסקנה זו לאחר שקבע, כי על פי המבחן של העמדת כוח העבודה תמורת שכר לזולת תוך כפיפות ותלות כלכלית בו, יש הצדקה לסווג את מערכת היחסים שבין המערערת למשיבה כיחסי עובד ומעביד. בית הדין האזורי קיבל את טענות המערערת בדבר העובדות המבססות את השתלבותה במערך הארגוני של המשיבה, ובהן ביצוע העבודה באולפני המשיבה באופן רצוף ולאורך זמן, כפיפותה המקצועית לבמאי הראשי, כפיפותה המנהלית למשיבה, אשר באה לידי ביטוי בשיבוצה בסידור העבודה החודשי שחולק מבעוד מועד לעוזרי הבמאי, כמו גם בדיווחים שנדרשה המערערת להגיש על ימי עבודתה בכל חודש. לפיכך קבע בית הדין האזורי כי המערערת השתלבה במערך הבמאים ועוזריהם של המשיבה, באופן שמילוי תפקידה של המערערת היווה חלק מן האופן שבו מילאה המשיבה את תפקידה. בית הדין הפנה בעניין זה להליכים דומים אחרים שהתנהלו נגד המשיבה, ובהם נקבע כי פרילנסרים שהועסקו אצלה היו למעשה עובדיה. עוד קבע בית הדין קמא, כי עצם העובדה שהמערערת נתנה שירותים גם ללקוחות אחרים, אינה שוללת את התלות הכלכלית שלה במשיבה, כיוון שמדובר היה בהעסקה על בסיס אקראי, לעומת מתכונת ההעסקה הקבועה והרצופה של המערערת אצל המשיבה, אשר עליה ביססה המערערת את פרנסתה.



בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 3575-10-11

12. אשר לשאלת נסיבות סיום העסקת המערערת אצל המשיבה – המערערת טענה, כי ביום 2.12.2008, שוחחה עם מר אטיאס, והודיעה לו כי היא שבעת רצון מכך שהוחזרו לה המשמרות שנלקחו ממנה בחודש אוקטובר 2008, וכי לפיכך היא מתכוונת להמשיך לעבוד כבעבר. לטענתה, מר אטיאס הודיע לה בשיחה זו כי זהו יום עבודתה האחרון במשיבה. בחקירתו הסביר מר אטיאס כי מיד לאחר שקיבל את מכתבה של המערערת מיום 5.11.2008, העבירו למחלקה המשפטית, וכי מרגע זה נחשבה המערערת למתפטרת תוך מתן הודעה מוקדמת של 30 יום. בית הדין האזורי קבע, כי מכתבה של המערערת מיום 5.11.2008 מהווה התפטרות תוך מתן הודעה מוקדמת, שכן הוא אינו מסויג או מותנה בתנאי כלשהו, וכי ככל שביקשה המערערת לחזור בה מהודעת התפטרותה, היה עליה לשלוח למשיבה מסמך בכתב. כמו כן קבע בית הדין, כי אין מדובר בהתפטרות בנסיבות המזכות בפיצויי פיטורים, שכן לא הוכח שהפחתת המשמרות נעשתה לשם התנכלות במערערת, וכן לא הוכח כי ההצעה שהציעה לה המשיבה להיקלט כשכירה תמורת שכר בסך 7,500 ש"ח, מהווה נסיבות המצדיקות התפטרות בדין מפוטר. נוכח האמור דחה בית הדין האזורי את התביעה לתשלום פיצויי פיטורים ודמי הודעה מוקדמת.

13. אשר לשאלת חתימתה של המערערת על הסכם ההעסקה קבע בית הדין האזורי, לאחר ששקל את מכלול הראיות והעדויות שלפניו, כי גרסת המשיבה, לפיה חתימת המערערת לא זויפה, מתיישבת באופן הגיוני יותר עם מכלול הראיות שלפניו, ומשכך קבע כי המשיבה הרימה את הנטל להוכיח, במאזן ההסתברויות, כי המערערת אכן חתמה על ההסכם. בית הדין קבע כי הסתמך במסקנתו זו בעיקר על הודאת המערערת עצמה בחקירתה, כי כתב ידה מופיע מספר פעמים על גבי ההסכם, ובין היתר מופיע מספר תעודת הזהות שלה וסכום התמורה היומית (בסך 731 ש"ח) בסעיף 4 להסכם, בכתב ידה. בית הדין קבע כי חוות הדעת הגרפולוגיות והעדויות שהוצגו לפניו מטעם המשיבה תומכות בגרסתה בעניין זה.

14. נוכח קביעתו זו קבע בית הדין האזורי כי המערערת חתומה גם על תנית גדרון שבהסכם. לפיכך עבר בית הדין האזורי לקבוע האם מדובר בתנאי מקפת, והאם שולמה למערערת תמורה גבוהה יותר כקבלן באופן משמעותי מהתמורה שהייתה מקבלת כשכירה. בית הדין הסתמך בעניין זה על עדותו של מר שלוש, המשנה למנכ"ל המשיבה, לפיה שכרו החודשי הממוצע של עוזר במאי במשיבה, נכון לחודש



בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 3575-10-11

דצמבר 2009, עמד על 7,400 ש"ח ברוטו. בית הדין הזכיר כי אכן המשיבה הציעה למערערת להיקלט אצלה כשכירה בשכר של 7,500 ש"ח. כלומר, מדובר בשכר יומי של כ-336 ש"ח, שכר נמוך בצורה משמעותית משכרה היומי של המערערת שעמד על סך 731 ש"ח. בית הדין חישב, כי גם בהתחשב בעלויות מעביד בשיעור מיטיב של כ-35% מהשכר, מגיעים לשכר יומי של כ-450 ש"ח, סכום שעדיין נמוך בצורה משמעותית מהשכר היומי ששולם למערערת. לפיכך קבע בית הדין כי בנסיבות אלה, תנית הגדרון אינה מהווה תנאי מקפח.

15. משהגיע בית הדין למסקנה זו, עמדה לפניו שאלת זכותה של המשיבה לקיזוז ולהשבה. בית הדין הפנה לפסיקה שהייתה תקפה נכון למועד מתן פסק דינו, ולפיה ככלל, אין מקום להשבה במקרה של הכרה בדיעבד ביחסי עובד ומעביד, אלא אם כן מוכח כי שולמה לקבלן תמורה מוגדלת ביחס לשכר שהיה מקבל כשכיר, וכאשר הוסכם בין הצדדים על תנית גדרון. בית הדין קבע כי נסיבות אלו מתקיימות בענייננו, ומשכך פסק, כי חרף זכאותה של המערערת לתשלום דמי הבראה, החזר הוצאות נסיעה ופדיון חופשה שנתית, הרי שיש מקום לקיזוז רכיבים אלו מהסכומים שקיבלה המערערת ביתר בגין העסקתה כקבלן.

16. נוכח כלל האמור, דחה בית הדין האזורי את התביעה, וחייב את המערערת לשלם למשיבה שכ"ט עו"ד בסך 5,000 ש"ח.

הטענות בערעור

17. בערעורה ובסיכומיה טענה המערערת כנגד כל קביעותיו של בית הדין קמא בפסק דינו, למעט הקביעה כי אכן התקיימו יחסי עובד ומעביד בינה ובין המשיבה. במיוחד כוונת טענות המערערת כנגד הקביעה כי הסכם ההעסקה שבין הצדדים תקף, וכי היא אכן חתומה עליו, ובעניין זה העלתה טענות שונות כלפי התנהלות המשטרה בחקירת תלונתה, כנגד השוואת התמורה הקבלנית שקיבלה לשכר של שכיר שהשתכר 7,400 ש"ח ולא 8,500 ש"ח כפי שביקשה, שהוא שכר ראוי לעובדת בעלת ניסיון כשלה, וכנגד הקביעה כי היא אינה זכאית לתשלום פיצויי פיטורים. בסיכומיה הפנתה המערערת לפסק הדין שניתן בעניין רופא (ע"ע 110/10 רפי רופא - מרקס סוכנות לביטוח בע"מ, ניתן ביום 22.12.2011; להלן - פסק דין רופא), לפיו



בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 3575-10-11

יבוצעו קיזוז והשבה רק במקרים קיצוניים. לדידה של המערערת, המקרה שלה אינו מקרה קיצוני המצדיק קיזוז והשבה.

18. המשיבה טענה בסיכומיה, כי מדובר בערעור עובדתי, ותמכה בפסק הדין האזורי. מעבר לכך קבלה המשיבה על אופן התנהלותה של המערערת בכל הנוגע לטענתה לזיוף חתימתה על גבי הסכם ההעסקה, התנהלות המעידה על חוסר תום לב קיצוני מצידה. אשר להפניה לפסק דין רופא טענה המשיבה, כי בעת חתימת הסכם ההעסקה הסתמכה היא על ההלכות כפי שהיו במועד החתימה, וכי אין מקום לתחולה רטרופקטיבית של פסק הדין רופא, אשר תפגע קשות בהסתמכותה. לחלופין טענה המשיבה, כי נוכח חוסר תום ליבה הקיצוני של המערערת כאמור ונוכח התמורה הגבוהה שקיבלה כקבלן, יש מקום לקיזוז ולהשבה גם על פי פסק הדין רופא.

דיון והכרעה

19. לאחר שנתנו דעתנו לטענות הצדדים בכתב ובעל פה, ולכלל חומר התיק, הגענו לכלל מסקנה כי דין הערעור להידחות. לטעמנו, אין מקום להתערב במסקנותיו של בית הדין האזורי בפסק דינו, ואכן היה מקום לקיזוז הסכומים שתבעה המערערת מהסכומים שקיבלה ביתר כקבלן. עם זאת, טעמינו לתוצאה שאליה הגיע בית הדין האזורי, ביחס לשאלת זכותה של המשיבה לקיזוז ולהשבה מהסכומים ששולמו למערערת ביתר כקבלן, שונים מהנימוקים שעמדו בבסיס הכרעתו של בית הדין האזורי. על כך נעמוד בהרחבה בהמשך הדברים.

20. ראשית ייאמר, כי אין בדעתנו להתערב במסקנות פסק הדין האזורי בכל הנוגע לקביעת עצם קיומם של יחסי עובד ומעביד בין הצדדים, בנוגע לחתימת המערערת על ההסכם, ובכל הנוגע לנסיבות סיום העסקתה של המערערת בהתפטרותה, באופן שאינו מזכה אותה בתשלום פיצויי פיטורים. כל אלה הן קביעות עובדתיות של בית הדין קמא, אשר נסמכו על התרשמותו של בית הדין ממהימנות הראיות והעדויות שנשמעו לפניו, ואין דרכה של ערכאת הערעור להתערב בקביעות מסוג זה. לא מצאנו כי בטענות הערעור יש צידוק כלשהו להתערבותנו בממצאיו אלו של בית הדין האזורי, או במסקנות המשפטיות הנובעות מהן.



בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 3575-10-11

21. עם זאת מצאנו לנכון להוסיף מספר דברים אשר לשאלת זכאותו של המעסיק לקיזוז או להשבה של כספים ששילם ביתר למי שהוכר בדיעבד כעובד אצלו, גם בהסתמך על דעתנו כפי שהובעה בפסק הדין בעניין עברון (ע"ע 308/08 עמוס עברון - אנוש מערכות ניהול והנדסה בע"מ, ניתן ביום 20.1.2011; להלן – עניין עברון).

חוסר תום לב וקוגנטיות היחס

22. חוסר תום לב לעולם לא יגבר על קוגנטיות היחס, משום שבאמרנו חוסר תום לב ובאמרנו קוגנטיות היחס, הננו למעשה אומרים את אותו הדבר באופנים שונים. קוגנטיות היחס משמעה - נורמות משפט העבודה המגן שלא ניתן להתנות עליהן בהתקיים יחסי עובד ומעסיק. על פי עקרון תום הלב נקבעות נורמות ההתנהגות האובייקטיביות הראויות. נורמות ההתנהגות האובייקטיביות הראויות בהתקיים יחסי עובד ומעסיק הינן נורמות משפט העבודה המגן. אין כל סיבה שלא להחיל את משפט העבודה המגן בהתקיים יחס עובד ומעסיק. תביעת העובד לזכויותיו על פי משפט זה, או במילים אחרות, תביעתו ליישום הנורמות הקוגנטיות של תום לב המתייחסות ליחסי עובד ומעסיק, אינה יכולה בשום פנים ואופן להיחשב לחוסר תום לב מצידו. משאלה הם הדברים, שאלת חוסר תום לב בהקשר של תחולת משפט העבודה המגן כבמקרה שלפנינו, איננה קיימת למעשה כשאלה.

הגישה ההרתעתית ותביעת השבה

23. במקרים ברורים, שבהם המעסיק ידע, נוכח טיב הקשר הברור, כי מי שהוא בחר להעסיקו כקבלן הינו בעצם עובד, ובכל זאת החליט לעטות על היחס שביניהם כסות של מזמין - קבלן; במקרים שכאלה, מקובלת עליו הגישה ההרתעתית, לפיה אחת האפשרויות היא שהשכר החודשי הכולל הגבוה משכר עובד, ששולם על ידי המעסיק, יהא הבסיס לחישוב הזכאויות הסוציאליות הנתבעות בדיעבד על ידי העובד.

יתרה מזו, על פי גישה זו, לא מן הנמנע כי במקרים מתאימים, שבהם נכפה למשל על עובד מעמד של קבלן נותן שירות על ידי מעסיקו כדי להתחמק ממתן זכויות כעובד; ראוי שבית הדין יחייב את אותו מעסיק בתשלום פיצוי לעובד בגין



בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 3575-10-11

התנהגות חסרת תום לב, כמידת חוסר תום ליבו, בדומה לדעת חברתי השופטת אנגלברג שהם בעניין זה.

ברם, לא תמיד קביעת המעמד כעובד ברורה וחד משמעית, ובייחוד לא בתחילת הקשר, להבדיל מניתוחו בדיעבד. ייתכנו מקרים שטיב היחס האמיתי שבין הצדדים אינו ברור מלכתחילה והיה יסוד לאומד דעתם, כי אפשר שניתן לקשור ביניהם קשר של מזמין - קבלן, כמו למשל במקרה שלפנינו, כשניתנה למערערת זכות הבחירה בין יחסים אלה ליחסי עובד ומעסיק, והיא דרשה להיות במעמד של נותנת שירות.

במקרה שכזה, אין צידוק ליישום הגישה ההרתעתית ולחיוב המעסיק בפיצוי בגין התנהגות חסרת תום לב או לחישוב זכויותיו הסוציאליות של מי שהתברר בדיעבד שהינו עובד, על בסיס שכרו הכולל; אלא החישוב צריך להיעשות על בסיס שכר מופחת. אך זאת אך ורק ככל שיש נתונים מוכחים על כך. משחישוב הזכויות הסוציאליות צריך להיעשות על בסיס שכר מופחת, מתעוררת שאלת ההשבה.

ההשבה וחישובה

24. הזכות להשבה קמה, כאשר חישוב הזכויות הסוציאליות המגיעות לעובד והנתבעות על ידו, נוכח חלות משפט העבודה המגן על היחס שבין הצדדים, צריך להיעשות על בסיס שכר חודשי מופחת בהשוואה לשכר ששולם עת סברו הצדדים שאין ביניהם יחסי עובד ומעסיק. שיעור ההשבה על פי האמור צריך להיקבע, לא על פי ההפרש בין השכר החודשי שקיבל העובד עת סברו הצדדים שאין ביניהם יחסי עובד ומעסיק בהשוואה למשכורת החודשית שהיה מקבל כעובד, אלא שיעור ההשבה, במקרה שיש נתונים מוכחים של שכר העובד התובע אילו נחשב לעובד מלכתחילה, תלוי בהפרש שבין עלות השכר המופחת בתוספת כלל הזכויות המגיעות בהשוואה לעלות השכר הכולל שבה נשא המעסיק בפועל עת סברו הצדדים, כי לא מתקיימים ביניהם יחסי עובד ומעסיק. ככל שקיים פער עלויות לטובת העובד - יגיע לו ההפרש שישתלם לו עד סכום זכאותו בתביעתו על פי עילותיה.

ערים אנו למגוון מקרים בהם החישוב יהא מסובך. אלא, שבשלב זה פשוט ביקשנו להצביע על כך ששאלת ההשבה אינה מתמצית בהחלטה על השבה או אי השבה, שעל פיה תיגזר תחולה מלאה או אי תחולה של זכויות משפט העבודה המגן הנתבעות; אלא אפשרית גם השבה חלקית וגזירת זכויות משפט העבודה המגן ביחס אליה.



בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 3575-10-11

25. תביעת השבה של המעסיק היא תביעה חוזית. עילתה - טענת המעסיק, כי אשר שילם על פי החוזה עת סברו הצדדים שאין ביניהם יחסי עובד ומעסיק, מכסה את מלוא זכויות העובד על פי משפט העבודה המגן.
מצד העובד - אין הפרה של החוזה המצדיקה ביטולו, שהרי הוא את עבודתו שבגינה קיבל תמורה מוסכמת - ביצע. הוא מילא התחייבותו על פי החוזה שבין הצדדים בין אם מדובר בחוזה מזמין - קבלן ובין אם מדובר בחוזה עבודה.
לפיכך לא יכול להיות מצב שבו העובד יקבל פחות ממלוא התמורה המוסכמת ששולמה, אפילו אם חישוב זכויות משפט העבודה המגן צריך להיעשות על בסיס שכר מופחת.

ואילו מצד המעסיק - אפשר שהוא לא שילם את כל המגיע לעובד, נוכח שינוי תניות החוזה לאור חלות משפט העבודה המגן על היחס שבין הצדדים. משפט העבודה המגן על פי תכליתו יכול רק להוסיף לחבות המעסיק ולא לגרוע מזכות העובד.
המסקנה המתחייבת מן האמור היא, כי לעולם לא יוכל מעסיק בתביעת השבה, לקבל תשלום מהעובד של סכום כלשהו ממלוא התמורה ששילם לו. לפיכך תביעת ההשבה של המעסיק כנגד העובד מצטמצמת בהכרח לסכומים מתוך מלוא התמורה ששולמה על ידו, שניתן ליחסם לכיסוי זכויות משפט העבודה המגן, לאור שינוי היחס שבין הצדדים ליחסי עובד ומעסיק.

במצב דברים זה, כאשר התמורה הכוללת בגין העבודה שנעשתה - אינה משתנה; משתנים רק פרטי החוזה הקיים עקב שינוי סוגו מחוזה מזמין-קבלן לחוזה עבודה, מבלי שהחוזה שבין הצדדים בוטל באופן המחייב כל צד להשיב למשנהו את אשר קיבל על פיו; אשר על כן, התחייבות המעסיק לשלם לעובד לא פחות מאשר שולם לו על ידו עת סברו הצדדים, כי אין ביניהם יחסי עובד ומעסיק - נשארת בעינה גם לאחר שהוברר לצדדים, כי קיימים ביניהם יחסי עובד ומעסיק. התחשיב ההיפותטי מה היה קורה אילו אותו נותן שירות היה נחשב לעובד מלכתחילה, אינו משנה לעניין זה, משום שאין הוא מבטל את החוזה הקיים שבין הצדדים.

26. ממצב דברים זה משתמעות שלוש מסקנות:

ראשית – משהחוזה שבין הצדדים לגבי העבודה ותמורתה קיים, לא קמה למעסיק עילת תביעה על פי החוק לעשיית עושר ולא במשפט; מה גם שמה ששולם לעובד לאור האמור, איננו תשלום ביתר מעבר למוסכם על הצדדים.



בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 3575-10-11

שנית - תביעת ההשבה של המעסיק מוגבלת בשיעורה לתביעת קיזוז הפרש העלויות בין עלות העסקת אותו אדם כקבלן בהשוואה לעלות העסקתו כעובד. **שלישית** - בגישה האמורה, תביעת ההשבה מבוססת על נתונים ככל שניתן לקובעם, ולפיכך היא צודקת יותר מגישת הפער האחוזי, כשם שצודקת יותר הגישה החישובית בהערכת הפסד השתכרות עתידי למשל בתביעת נזיקין על פני קביעה שרירותית של סכום זה.

27. על שרירות ומידתיות - בין גישת הפער האחוזי לגישה החישובית

להבדיל מהגישה החישובית, גישת הפער האחוזי של 50% בין השכר החלופי כעובד ובין התמורה הקבלנית, מעוררת את שאלת עצם צידוק התפיסה הגלומה בה, כפי שיבואר להלן:

ראשית, קביעת פער של 50% דווקא, בין השכר החלופי כעובד לתמורה הקבלנית, בלי להתחשב בנסיבות המקרה, היא כשלעצמה קביעה שרירותית ובלתי צודקת.

שנית, על פי גישת פער השכר האחוזי, אפשר שלעובד ישולם הרבה מעבר לזכאותו על פי משפט העבודה המגן, אילו היה מוגדר כעובד מלכתחילה.

לכן, עובד ששולם לו כנותן שירות סך של 14,000 ש"ח לחודש, ושכרו כעובד היה עומד על סך של 10,000 ש"ח לחודש, ועלות זכאותו על פי משפט העבודה המגן מגעת כדי 40% משכרו כעובד - יקבל כפל זכאות על פי משפט העבודה המגן. פעם בגין ההפרש ששולם לו בין התמורה הקבלנית לשכר החלופי כעובד, ופעם בגין התביעה בדיעבד בבית הדין של אותן זכויות; משאין להתחשב על פי גישת הפער האחוזי של ה-50% במה ששולם לאורך תקופת הקשר שבין הצדדים. תוצאה זו היא שרירותית ובלתי צודקת.

שלישית, גישת הפער האחוזי בין השכר החלופי כעובד לתמורה הקבלנית, מיטיבה דווקא עם העובד ששכרו גבוה יותר על פני העובד ששכרו נמוך.

עובד ששולם לו כנותן שירות סך של 8,000 ש"ח לחודש, ואילו היה עובד, שכרו החלופי היה עומד על סך של 5,000 ש"ח לחודש - לא יהא זכאי לזכויות משפט העבודה המגן על פי גישת פער השכר האחוזי בשיעור של 50%.



בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 3575-10-11

אולם, עובד ששולם לו כנותן שירות סך של 17,000 ש"ח לחודש, ואילו היה עובד שכרו היה עומד על סך של 12,000 ש"ח לחודש - יהא זכאי לזכויות משפט העבודה המגן על פי גישת פער השכר האחוזי.

גישה זו, המקפחת כאמור דווקא את העובד ששכרו נמוך, היא שרירותית ובלתי צודקת.

רביעית, בגישת הפער האחוזי של ה-50% גלומה העדפת המעסיק ששילם תמורה קבלנית קרובה יותר לשכר העובד החלופי, על פני מעסיק ששילם יותר ממנו, אך מעט פחות מהרף של הפער האחוזי של 50%.

עובד ששולם לו כנותן שירות סך של 14,000 ש"ח, ושכרו כעובד עמד על סך של 10,000 ש"ח, וזכאותו על פי משפט העבודה המגן מגעת כדי 40% משכרו כעובד - יהא מעסיקו חב לו בתשלום זכאותו על פי משפט העבודה המגן, בדיוק את אותו סכום שהוא היה חב לעובד אחר עם אותם נתונים, פרט לשוני אחד, שלגבי עובד האחר שכרו הקבלני עמד על סך של 11,000 ש"ח.

היעדר הבחנה בין זכאויות שני העובדים הללו על פי גישת הפער האחוזי המשווה בין העובדים הבלתי שווים, כאמור - היא שרירותית ובלתי צודקת.

חמישית, לכאורה ההשוואה האמורה יסודה אריתמטי חישובי, ואין היא צריכה לתפוס מקום בו עקרונות הצדק של משפט העבודה המגן עומדים למבחן. אלא, שיש לשים אל לב, שאחד המופתים הגדולים לעשיית צדק - סיפור כבשת הרש, יסודו למעשה אריתמטי.

מן הכלל אל הפרט

28. לאור האמור, עדיפה במקרה שלפנינו, הגישה החישובית המידתית על פני גישת הפער האחוזי. לכן, במקרה שלפנינו, היה מקום לערוך את חישוב הזכויות המגיעות למעוררת באופן הבא: אם נצא מנקודת המוצא לפיה שכרה של המעוררת כעובדת היה צריך לעמוד על סך 7,500 ש"ח לחודש, כפי שהוצע לה על ידי המשיבה, וזאת בהסתמך על קביעתו של בית הדין האזורי, הרי שחישוב עלות שכרה החודשי של המעוררת, לו הייתה נקלטת כשכירה במשיבה, היא זו:



בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 3575-10-11

7,500 ש"ח + 8.33% פיצויי פיטורים + 4% דמי חופשה + 6% הפרשה לגמל + 2.5% דמי הבראה + 4% החזר הוצאות נסיעה. בסך הכול מגיעים לעלות שכר חודשית בסך 9,362.25 ש"ח.

כאמור בפסק הדין האזורי, התמורה שקיבלה המערערת כקבלן בגין 14 ימי עבודה בלבד בממוצע לחודש, עמדה על סך 10,314.33 ש"ח בממוצע. עוד הוזכר בפסק הדין האזורי, כי המערערת ניכתה הוצאות בגין דלק, טלפון וכו', מתוקף מעמדה כעצמאית. עם זאת, ומשבית הדין האזורי לא קבע נתונים מוכחים בקשר לגובה ניכוי הוצאות אלו, הן לא יילקחו בחשבון לצורך חישובנו.

מן האמור יוצא, כי בגין 14 ימי עבודה לחודש בלבד בממוצע, השתכרה המערערת כנותנת שירות כ-1,000 ש"ח בממוצע לחודש יותר מעלות שכרה לו הייתה מועסקת כעובדת, במשך חודש עבודה מלא.

כאן המקום להעיר, כי בחישובנו זה יצאנו מתוך הנחה שהמערערת זכאית לפיצויי פיטורים, שעה שעל פי פסיקת בית הדין קמא אין היא זכאית להם.

משהו נוסף על שרירות ומידתיות בין גישת הפער האחוזי לגישה החישובית

29. יפה עשתה חברתי השופטת גליקסמן בסקירתה המקיפה את הפסיקה הידועה, לגבי טעמי צידוקה של גישת הפער האחוזי. אולם כיוון שטעמיה לשלילת הגישה החישובית ביחס לגישת הפער האחוזי אינם מספקים בעינינו, אפשר שלא יהא זה למותר אם נבוא אחריה ונוסיף דבר מה נוסף לעניין היחס בין שתי הגישות; כך שהסוגיה המעניינת והמורכבת הזאת תזכה לליבון נוסף לטובת כולנו.

הערה לעניין המסכת העובדתית

30. לשם קביעת התשתית העובדתית שעל פיה יש לבחון את תביעת המערערת, איננו נזקקים לקביעה מחודשת של עובדות המקרה על מנת שתתמוכנה בגישתנו.

די לנו להסתמך על הכלל הפסיקתי הידוע, לפיו ערכאת הערעור אינה מתערבת בקביעות העובדתיות של הערכאה הדיונית. נוכח הכלל האמור, יודגשו העובדות הבאות כפי שקבע אותן בית הדין קמא:

א. עם תחילת העסקתה חתמה המערערת מרצונה על הסכם העסקתה.

ב. על פי הסכם העסקתה, דרשה המערערת מהמשיבה להיחשב כנותנת שירות עצמאית.



בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 3575-10-11

ג. שכרה היומי של המערערת כנותנת שירות עמד על סך 731 ש"ח ליום, סכום גבוה באופן ניכר משכרה לו הייתה בוחרת להיחשב כעובדת.

ד. השכר החודשי של עוזר במאי אצל המשיבה, כמוה, עמד עם סיום העסקתה על סך של 7,400 ש"ח לחודש ללא זכויות סוציאליות. למערערת הוצע שכר חודשי של 7,500 ש"ח לחודש, ללא זכויות סוציאליות, דהיינו שכר של 340 ש"ח ליום. המערערת הציעה הצעה נגדית של 8,500 ש"ח לחודש, ללא זכויות סוציאליות, שלא התקבלה על המשיבה. דהיינו הצעת המערערת עמדה על שכר של 386 ש"ח ליום.

ה. בנסיבות אלה, של פער שכר של יותר מפי שניים בין שכר המערערת כנותנת שירות לעומת השכר שהיה משולם לה לו בחרה להיות עובדת, ופער של כמעט פי שניים בין שכר המערערת כנותנת שירות לשכר שהיא עצמה סוברת שצריך להיות משולם לה כשכירה - קצת קשה להניח כי מעמדה כנותנת שירות דווקא נכפה עליה עם תחילת העסקתה. לאור האמור, הבאת הפסיקה המתייחסת למקרים שונים מהמקרה שלפנינו – חסרת רלבנטיות למקרה שלפנינו.

ו. המערערת הייתה זו שהתפטרה ללא תנאי מעבודתה, כאמור במכתבה למשיבה מיום 5.11.08, שם היא מדגישה ברחל הבת הקטנה "שאני רואה עצמי בדין מפורטת תוך 30 יום."

31. גישת הפער האחוזי והמקרה שלפנינו

א. לדעת חברתי השופטת גליקסמן "ככלל, לצורך הוכחת חוסר תום לב קיצוני אצל המועסק, יידרש המעסיק להוכיח, כי התמורה הקבלנית עמדה על 150% לפחות מהשכר החלופי" (סעיף 25 סיפה לדעתה). במילים אחרות, ככל שהתמורה הקבלנית עולה על פעם וחצי השכר החלופי אזי, ניתן יהא לייחס למועסק חוסר תום לב שכזה.

ב. השוואת התמורה הקבלנית לשכר החלופי חייבת להיות ביחס לאותה יחידת זמן.

במקרה שלפנינו נוח יהיה לערוך את החישוב על בסיס שכר יומי.

ג. כאמור, התמורה היומית ששולמה למערערת בגין עבודתה כנותנת שירות עמד על סך 731 ש"ח ליום.



בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 3575-10-11

כאמור, השכר היומי שהיה משולם למערערת אילו הייתה עובדת היה עומד על סך כ-340 ש"ח ליום. במילים אחרות, למערערת, כנותנת שירות, שולם יותר מפי שניים מהשכר שהיה משולם לה כעובדת.

ד. חרף האמור לעיל קובעת חברתי השופטת גליקסמן בדעתה (סעיף 62) כי "לא התקיים פער ניכר בין התמורה הקבלנית לבין השכר החלופי כעובדת".

קביעה זו בעייתית משהו משתי בחינות:

ראשית- חישוב הפער בין התמורה הקבלנית לשכר החלופי, צריך להיעשות לא בדרך של חלוקת האחד בשני, אלא על ידי קביעת סכום הפער בין התמורה הקבלנית לשכר החלופי וחלוקת התוצאה בשכר החלופי.

לו היה נעשה החישוב בדרך הנכונה, תוצאתו הייתה לפחות כשיעור הפער שנקבע בעניין פרייס, שם יוחס לתובע חוסר תום לב קיצוני.

שנית - השוואת חברתי היא בין שכר של כחצי חודש (14 יום) ששולם למערערת לאור ממוצע ימי עבודתה לחודש בתקופת העסקתה, שכר שעמד על סך 10,314 ש"ח, ובין שכר חודש מלא שהוצע למערערת ערב התפטרותה, שעמד על סך 7,500 ש"ח לחודש. משהשוואתה אינה על אותו בסיס זמן - היא חסרת נפקות.

ה. משאלה הם הדברים נשאלת השאלה - מדוע גם לגישת מצדדי גישת הפער האחוזי אין מקום לדחיית תביעת המערערת, לאור חוסר תום הלב הקיצוני שיש לייחס לה, לפי גישתם.

32. הטיעון הכפול

בהיבט העקרוני אין חולק שעדיף, כי מעמד נותן השירות שהתברר בדיעבד שהוא עובד, ייקבע מלכתחילה. בכך תיחסכנה מהמעסיק העלויות הכספיות הנוספות הכרוכות בבירור התביעה ובקביעת הזכאות לגביה בדיעבד; ואילו לעובד תינתנה למימוש כל זכויותיו כעובד, בזמן אמת.

אשר לכך, הרטוריקה הפסיקתית המודגשת בדעת חברתי בדבר חשיבות ההכרה בעובד כעובד על כל המשתמע מכך - מקובלת גם עליי.

לא מקובלת עליי מסקנתה הנובעת מהאמור בנסיבות קביעת יחס עובד ומעסיק כבמקרה שלפנינו.

למען יהיו טיעוני סדורים, יחולקו טיעוני חברתי לשני סוגים:



בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 3575-10-11

האחד – ביחס לזכויות כספיות המגיעות לעובד.
האחר – ביחס לזכויות שאינן כספיות המגיעות לו.
להלן נתייחס לשני סוגי הטיעון, בהיבט הכללי והפרטני של נסיבות המקרה שלפנינו.

33. הזכויות הכספיות

א. העיקרון המנחה בגישה החישובית הוא - בחינת כל הזכויות הכספיות המגיעות לנותן השירות שהתברר בדיעבד כי הינו עובד. לכן, על פי אותה גישה, יש להתחשב גם בוותק המצטבר כמו במקרה של קביעת הזכאות לפדיון חופשה, דמי הבראה, הפרשה לפנסיה, והזכויות הכספיות הנובעות מכך, גמול שעות נוספות וכו'.

משאלה הם הדברים, מסקנת האמור איננה פסילת הגישה החישובית והעדפת גישת הפער האחוזי, אלא עריכת חישוב זכאויות מלא ונכון.
ב. אשר לזכויות הכספיות בנסיבות המקרה שלפנינו, אסתפק בהערות קצרות ביחס לדעת חברתי.

ראשית - לגבי חופשת המחלה ודמי חג, חישובי לגבי השכר החלופי היה מבוסס על תשלום שכר חודשי מלא, וממילא הוא מכסה את דמי המחלה המגיעים על פי דין, חופשת המחלה וימי החג, אם לא מעבר לכך.

שנית - משהמערער הייתה במעמד של עובדת ממילא היא הייתה זכאית לדמי אבטלה מהמוסד לביטוח לאומי כעובדת, על פי מעמדה.

שלישית - לעניין זכויות המערער לחופשת לידה ודמי לידה הרי שכנות שירות היא הייתה רשאית להאריך חופשת הלידה כרצונה.

לעניין דמי הלידה, אין להתעלם מכך שאלה שולמו לה על בסיס שכר גבוה ביותר מפי שתיים מהשכר שהיה משתלם לה כעובדת, נוכח פער השכר בין התמורה היומית כנותנת שירות שניתן לה, בהשוואה לשכרה כעובדת.

נסיעות - התשלום בגין דמי נסיעות נועד לכסות את הוצאות העובד להגיע ממעונו למקום עבודתו, ובחזרה.

לדעת חברי השופטת גליקסמן הגיע למערער יותר מסך של 300 ש"ח לחודש דמי נסיעה שכן חלק מהעבודה התבצעה בסופי שבוע, שבהם אין תחבורה ציבורית. אמנם בסופי שבוע אפשר שאין תחבורה ציבורית, אולם מעבר לכך מתעוררת השאלה - האם טיעון שכזה ראוי שיתפוס, מקום בו המערער דיווחה



בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 11-10-3575

על עצמה למס הכנסה כעצמאית, וניכתה הוצאות שונות בגין עבודתה, לרבות הוצאות דלק ורכב (ראו עדותה).

34. על שיעורם של דברים שאין להם שיעור

חלק ניכר מטיעונה של חברתי השופטת גליקסמן לעניין שלילת הגישה החישובית, יוחד להפסד המועסק את "הזכויות שיש להן שווי כלכלי והן זכויות שהן בעלות משמעות רבה גם אם לא ניתן לפדותן בכסף". התשובה לכך היא, כי גם אם הדבר יכול להיות נכון, והדבר תלוי בנסיבות המקרה, אין בכך כדי להצדיק העדפת גישת הפער האחוזי על פני הגישה החישובית, כי אם להיפך.

אשר לכך מנתה חברתי ארבעה עניינים: תחושת השייכות למקום העבודה, הזכות לחופשה, חופש ההתארגנות והזכות לביטחון תעסוקתי. עניינים אלו ייבחנו אחד לאחד, אולם לא לפני שתובהר נקודת המוצא לבחינתם: נקודת המוצא לבחינת הזכויות שאינן כספיות לגבי נותן שירות שהתברר בדיעבד כעובד היא - בחירה חופשית אמיתית מלכתחילה שלא להיחשב כעובד, לאחר שניתנה האפשרות לשקול היתרונות והחסרונות של הבחירה, ועת שני הצדדים סברו באמת ובתמים בתחילת דרכם המשותפת, כי דרך העסקה כנותן שירות אכן אפשרית.

א. תחושת השייכות למקום העבודה

לדעת חברתי השופטת גליקסמן, הגישה החישובית מתעלמת מהפגיעה בתחושת השייכות למקום העבודה של העובד, ומאפשרויות הקידום העומדות לפניו שם. דעה זו מתעלמת מנקודת המוצא לבחינת הגישה החישובית, שכן מאליה מתעוררת השאלה - מדוע יש לפצות כספית את מי שבחר כאמור מתוך בחירה חופשית ואמיתית שלא להיחשב כעובד בעל תחושת שייכות למקום עבודתו, לאחר שניתנה לו האפשרות לשקול את היתרונות והחסרונות של בחירתו. יוסף, שבמקרה שכזה, אולי בכל זאת לא יהא זה מופרך להניח שנותן שירות שכזה, המרוויח על פי בחירתו באופן ניכר יותר מכפי שהיה משתכר לו היה בוחר להיחשב כעובד, אינו כה מתוסכל בשל אי קידומו בדומה למשל, לבעל חווה אישי בשירות המדינה שהחליט לוותר על דירוג דרגה עם פוטנציאל קידום, לאור בחירתו בשכר גבוה יותר המשולם לו מיידית.



בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 3575-10-11

על כל פנים, הדבר ראוי להיבחן על פי נסיבות כל מקרה ומקרה.

ב. הזכות לחופשה

אין מחלוקת שיש להבחין בין התשלום בגין חופשה לעצם הזכות לחופשה. לגבי התשלום, על פי הגישה החשובית יש לקבוע מלוא הזכאות על פי דין לפדיון חופשה.

לגבי עצם הזכאות לצאת לחופשה, הדברים אינם כה פשוטים. מצד אחד, אין מחלוקת בנוגע לזכותו הבלתי ניתנת לויתור של העובד לצאת לחופשה שנתית על פי דין למועד שקבע לו מעסיקו; אולם מצד שני, אין גם מקום להניח מראש, כי נותן שירות שמעמדו כעובד נקבע בדיעבד, לא יצא לחופשה ועוד מעבר למספר הימים המגיעים על פי דין לעובד, וזאת על פי בחירתו את מועד יציאתו לחופשה.

במקרה שכזה למשל, ספק אם יש מקום לכימוי הפסד הזכות של עצם היציאה לחופשה; בייחוד, שבמקרה הרגיל של תביעה לפדיון חופשה של עובד שלא הוצא לחופשה בתקופת עבודתו, טרם נפסק שיש להוסיף לסכום פדיון החופשה המגיע, סכום נוסף בשל אי מתן הזכות לצאת לחופשה. ונשאלת השאלה מדוע להפלות לרעה מעסיק שרק בדיעבד נודע לו שהוא כזה לעומת מעסיק שאמור היה לדעת מלכתחילה מהן חובותיו כמתחייב ממעמדו.

על כל פנים הדבר ראוי להיבחן על פי נסיבות כל מקרה ומקרה.

ג. חופש ההתארגנות

חברתי עומדת בדעתה על "הפגיעה בזכות ההתארגנות - הזכות לבחור ולהיבחר לארגון העובדים ולהשתתף במאבק הקיבוצי וליהנות מהגנת ארגון העובדים".
אנו עומדים בדעתנו על כך שעניין כימוי זכות זו תלוי בנסיבות כל מקרה ומקרה, ואין דומה מקום עבודה בלתי מאורגן למקום עבודה מאורגן; ואין דומה מי שמתוך בחירה חופשית ואמיתית החליט מרצונו החופשי שלא לבחור ולהיבחר לארגון עובדים וליטול חלק במאבק קיבוצי, למי שבעל כורחו נמנע ממנו הדבר. כדאי אולי לשים אל לב, שגם במקום עבודה שנמצא בשלבי ההתארגנות לא כל העובדים, שאין להטיל ספק במעמדם ככאלה, חפצים לבחור ולהיבחר לארגון העובדים וליטול חלק במאבק הקיבוצי. יתרה מזו מותר אפילו להניח שיהיו ביניהם כאלה שיעדיפו החרגתם מתחולת ההסכם הקיבוצי על מנת לקבל שכר גבוה יותר מזה המובטח על פי ההסכם הקיבוצי.



בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 3575-10-11

על כל פנים, הדבר ראוי להיבחן על פי נסיבות כל מקרה ומקרה.

ד. הביטחון התעסוקתי

אכן, כפי המודגש על ידי חברתי, הביטחון התעסוקתי של עובד עניין חשוב הוא. ברם שאלת הכימוי הכספי של אותה זכות, שוב אינה כה פשוטה.

ראשית - ישנם מקומות עבודה שבהם אין לעובד ביטחון תעסוקתי, והוא מועסק על פי ימי עבודה בפועל ללא הבטחת המשך ביטחון העסקתו.

שנית - יתכן שהעובד יהא זה שיחליט להפסיק בטחונו התעסוקתי על ידי התפטרותו, כפי שהחליטה במקרה שלפנינו המערערת, שהתפטרה מעבודתה תוך מתן הודעה מוקדמת למעסיק בת 30 יום.

שלישית - כאמור בנקודת המוצא, יתכן שלמי שהתברר בדיעבד שהוא עובד, לא הייתה חשובה תחושת הביטחון התעסוקתי ולכן הוא בחר בחירה חופשית ואמיתית שלא להיחשב עובד; ומאליה מתעוררת השאלה מדוע יש לפצותו על אובדן אותה תחושה הנטענת בדיעבד, כשלמעשה רק הגשת התביעה היא הורתה.

ורביעית – אין להתעלם מכך, שלא מן הנמנע, שלעיתים מי שהוכר בדיעבד כעובד, יזכה להגנת ארגון העובדים, ככל שמדובר במקום עבודה מאורגן, ולא ניתן יהיה לפטרו, אלא על פי דרך הפיטורים הקבועה בהסכם הקיבוצי החל לגביו, והוא הדין לגבי עובד שהחוק לא מתיר פיטוריו.

על כל פנים, הדבר ראוי להיבחן על פי נסיבות כל מקרה ומקרה.

35.א. חרף הדברים שפורטו לעיל, סוברת חברתי השופטת גליקסמן (סעיף 36 לדעתה), שלגישתי "אין לפצות על אובדן זכויות מועסק שבחר במודע שלא להיחשב כעובד" שעה, "שגישה זו אינה מתיישבת עם עקרונות היסוד של דיני עבודה לפיהם הזכויות המוקנות לעובד מכוח מעמדו כעובד אינן ניתנות לוותר או התניה".

כיוון שגישתי הובנה הפוך מכוונתה, אחזור במילים ספורות על עיקריה. עקרונות היסוד של דיני עבודה לפיהם הזכויות המוקנות לעובד מכוח מעמדו כעובד אינן ניתנות לוותר או התניה, הם ביסוד הגישה החשובית.



בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 3575-10-11

בהנחה שזכויות אלו הופרו, ראוי לערוך השוואה בין שתי סיטואציות: הסיטואציה האחת - מתייחסת לתביעת זכויות, כאשר העובד מועסק מלכתחילה כעובד, והמעסיק מודע לכך, ושאלת יחסי עובד ומעסיק אינה שנויה במחלוקת. הסיטואציה האחרת – מתייחסת לתביעת מי שבדיעבד התברר כעובד, את מי שבדיעבד התברר כמעביד, שעה ששני הצדדים לאורך כל תקופת הקשר, סברו שאין ביניהם יחסי עובד ומעסיק.

השוואה בין שתי הסיטואציות הללו, ביחס לפסיקה לגבי אותן זכויות, מעלה את השאלה – האם ראוי חיוב יתר של המעסיק, במקרה שבו מדובר במעסיק "בדיעבד", לעומת מקרה שבו מדובר במעסיק "מלכתחילה".

דעתי בתמציתה, לגבי פסיקת הזכאות לגבי אותן זכויות, הייתה, שאין להחמיר עם מי שהוברר לו בדיעבד שהוא מעסיק, מעבר למי שידע מלכתחילה שהוא כזה, כפי שעושה גישת הפער האחוזי.

הדברים אמורים ביחס למכלול הזכויות, לרבות לגבי זכויות הפנסיה והחופשה שחברתי מתייחסת אליהן בהרחבה בדעתה. ועל כל פנים, חזרתי והבהרתי בדעתי, כי **"על כל פנים, הדבר ראוי להיבחן על פי נסיבות כל מקרה ומקרה"**.

ב. על "זאת ועוד" – בתוספת לדעתה, ותוך התייחסות לתשובתי אליה, כותבת חברתי השופטת גליקסמן את הדברים הבאים: **"זאת ועוד. משמעותה של גישה זו (הגישה החישובית – י.פ.) היא מתן תוקף להסדר כולל של זכויות המגיעות לעובד, בניגוד לאמור בסעיף 5 לחוק הגנת השכר, וסעיף 28 לחוק פיצויי פיטורים" וכו'.**

"יושב נא אם כן גם על זאת" כי טענתה מצד עצמה היא חרב פיפיות הפוסלת את הגישה האחוזית במומה, משום שגם על פיה – פער ה-50% נבחן בין התמורה הקבלנית ובין השכר החלופי לעובד, וגם על פיה – הבסיס לחישוב הזכאות הוא השכר כעובד.

לכן, על פי הגישה האחוזית, ככל שהתמורה הקבלנית גבוהה בלפחות 50% משכרו החלופי של העובד, לא ישולם לו פדיון חופשה, חרף האמור בסעיף 5 לחוק הגנת השכר בדבר איסור שכר כולל, ולא ישולמו פיצויי פיטורים חרף האמור בסעיף 28 לחוק פיצויי פיטורים. טוב לדעת במה דברים אמורים, בטרם מבקשים לפסול גישה אחת מהטעם הפוסל את הגישה שאותה מבקשים להעדיף.



בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 3575-10-11

36. גישת הפער האחוזי והטיעון הכפול

בהנחה של קיום נקודת המוצא, כאמור לעיל, אזי גישת הפער האחוזי, מהיותה גישה סכמתית אוניפורמית, אינה לוקחת בחשבון את הגורמים הרלבנטיים העיקריים לקביעת זכאות נותן השירות שהוכר בדיעבד כעובד והוא תובע את מעסיקו.

הגורמים הרלבנטיים לאותה קביעה הם בהכרח שכר העובד על זכויותיו הסוציאליות ביחס לתמורה הקבלנית ומידת חוסר תום ליבו של המעסיק על פי נסיבות כל מקרה ומקרה.

משום כך, הגישה החישובית היא הדרך הצודקת יותר לבחינת זכאויות נותן השירות שהוכר בדיעבד כעובד.

גישת הפער האחוזי, לעומת זאת, הקובעת מראש רף של 50% מעל השכר החלופי, מתעלמת משיעורן המשתנה של הזכויות הסוציאליות, ומניחה למפרע שככל שהפער בין השכר החלופי לתמורה הקבלנית נמוך מרף ה- 50%; אזי, לאור ההכללה של כל הזכויות שאין להן שיעור, לרבות תחושת השייכות למקום העבודה, אפשרות הקידום, הזכות ליציאה לחופשה, הזכות להתארגן והביטחון התעסוקתי - ייחצה אותו רף שנקבע שרירותית.

37. עשרה מי יודע

כדי להמחיש את הבדלי הגישות בין הגישה החישובית לגישת הפער האחוזי הבלתי מידתית, נסתפק למצער בהבאה רק של עשר דוגמאות, המייצגות כמובן אין ספור מקרים דומים:

א. נניח נסיבות שבהן לדעת חברתי יש צידוק לדחיית תביעת נותן שירות שהתברר בדיעבד כעובד, משום שהפער האחוזי בין השכר החלופי לתמורה הקבלנית עמד על 50%, כך שלשיטתה התביעה הוגשה בחוסר תום לב קיצוני.

נניח עוד עשרה מקרים, שנסיבותיהם זהות לנסיבות המקרה הראשון, פרט לכך שהפער האחוזי בין השכר החלופי לתמורה הקבלנית עמד: פעם על 45%, פעם על 40%, פעם על 35% וכו', עד לזהות בין השכר החלופי לתמורה.

ב. על פי גישת הפער האחוזי, בכל עשרת המקרים שנמנו, להבדיל מהמקרה הראשון, תקום זכאות מלאה אחידה של נותן השירות שהוכר בדיעבד כעובד,



בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 3575-10-11

למלוא זכויותיו הסוציאליות על בסיס השכר החלופי, ללא הבחנה בין המקרים השונים.

ג. גישה חסרת הבחנה שכזאת, אינה צודקת בעליל, משברור שיש להבחין בין המקרים. ואם יש להבחין בין המקרים, על פי אילו מבחני עזר יבחנו מצדדי גישת הפער האחוזי ביניהם, אם לא על פי הגישה החשובית כמבחן עיקרי ולא כמבחן עזר.

38. סוף דבר

א. משגישת הפער האחוזי של 50%, שהיא למעשה גישה חישובית שרירותית חסרה ופגומה, מתאימה רק למקרים של 50% פער בין השכר החלופי לתמורה הקבלנית, ואילו את כל המקרים האחרים של פער נמוך יותר היא מלבישה בחליפה קונפקציונית אחידה ושרירותית כמידתה ולא כמידתם, קשה לראותה דווקא, כפי שכותבת חברתי השופטת גליקסמן, כגישה מידתית ה"מאזנת כראוי בין המועסק ובין המעסיק ומביאה לתוצאה צודקת יותר", להבדיל מהגישה החשובית.

ב. במצב דברים זה, שבו התמורה ששולמה למערערת כיסתה את מלוא זכויותיה ומעבר לזה, לו היו הצדדים מסכמים ביניהם שמעמדה יהא כשל עובדת; אזי מחד, אין מקום לחייב את המערערת להשיב למשיבה את סכומי היתר שקיבלה מדי חודש; ומאידך, אין מקום לחייב את המשיבה לשלם למערערת את הזכויות הסוציאליות שתבעה.

ג. **סוף דבר** – אם תישמע דעתי, הערעור יידחה. בנסיבות העניין, אין מקום לעשות צו להוצאות בגין הליך הערעור.

השופטת לאה גליקסמן

1. מקובלת עלי מסקנתו של חברי, הנשיא פליטמן, כי אין להתערב בקביעותיו העובדתיות ובמסקנותיו של בית הדין האזורי בכל הנוגע לקיומם של יחסי עובד מעביד בין הצדדים ובנוגע לחתימת המערערת על ההסכם שבו נכלל "סעיף גדרון". אולם, לדעתי, דין הערעור להתקבל בשני עניינים: **האחד** – זכאותה של המערערת לפיצויי פיטורים. לדעתי, יש להתערב במסקנתו של



בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 3575-10-11

בית הדין האזורי נוכח העובדות שהוכחו, ובמיוחד הודאות בעל דין של עדי המשיבה, מהן עולה כי קשר העבודה הסתיים על פי החלטתה של המשיבה להפסיק את ההתקשרות עם המערערת; **השני** – זכאות המערערת לזכויות המגיעות לה על פי משפט העבודה המגן. בעניין זה, חולקת אני על גישתו של חברי, הנשיא פליטמן, בעניין זכותה העקרונית של המשיבה לקיזוז כספים ששולמו למערערת עקב מעמדה כ"קבלן עצמאי" מהכספים המגיעים לה בעד זכויותיה הקוגנטיות כעובדת. כבר בשלב זה אבקש להדגיש, והדברים יוסברו בהרחבה בחוות דעתי, כי גישתי המבוססת על פסיקת בית דין זה בעבר אינה "גישה אחוזה" טכנית המתמצית בבדיקת השאלה אם קיים פער בן 50% בין התמורה הקבלנית לבין שכרו החליפי של המועסק כ"עובד", אלא היא מבוססת על בחינת מכלול נסיבות המקרה ובמיוחד תום לבו של המועסק, והפער האחוזי בשיעור של 50% הוא **אחד ממבחני העזר** שלפיהם יש לקבוע אם לקזז חלק מהתמורה הקבלנית מהזכויות המגיעות לעובד.

כן חולקת אני על נקודת המוצא לחוות דעתו, שלפיה ניתנה למערערת זכות בחירה (**אמיתית**) בין העסקה כעובדת לבין העסקה כפריילנסרית, וכי היא בחרה ודרשה להיות מועסקת כפריילנסרית. מעבר לכך, אני סבורה כי ביישום "הגישה החישובית" לא הובאו בחשבון פרמטרים שיש בהם כדי לשנות את התחשיב, כגון: שוויין האמיתי של הזכויות הפנסיוניות שנשללו מהמשיבה עקב העסקתה כעצמאית; זכאות המערערת להוצאות נסיעה מעבר למגיע על פי הוראות צו ההרחבה, כמקובל אצל המשיבה על פי העדויות; זכאות המערערת לשכר בעד ימי חג; זכאות המערערת לשכר בעד עבודה בשעות נוספות; זכאות המערערת לתשלום בעד ימי מחלה.

2. בחוות דעתי אפרוש את התשתית העובדתית כעולה מפסק דינו של בית הדין האזורי וממכלול העדויות, ולאחר מכן אתיחס לשני הנושאים - נסיבות סיום קשר העבודה; זכאות המערערת לזכויות על פי משפט העבודה המגן.

התשתית העובדתית:

3. התשתית העובדתית, כעולה מפסק דינו של בית הדין האזורי ומכלל חומר הראיות היא כמפורט להלן.



בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 3575-10-11

4. המשיבה היא חברה שמפיקה ומשדרת את תוכניות החדשות והאקטואליה בערוץ 2.
5. המערערת הועסקה על ידי המשיבה בתפקיד של עוזרת במאי, החל מחודש דצמבר 2002 עד חודש דצמבר 2008.
6. מעמדה של המערערת הוגדר כ"פרילנסרית", נותנת שירותים עצמאית. כפועל יוצא מכך, התמורה בעד שירותיה שולמה כנגד חשבונית מס, והמערערת התנהלה כלפי רשויות המס והמוסד לביטוח לאומי כ"עצמאית", על כל המשתמע מכך (הגשת דו"חות; ניכוי הוצאות שונות מהכנסתה; הגשת תביעה למוסד לביטוח לאומי לתשלום דמי לידה כ"עצמאית").
7. התמורה שולמה למערערת בשקלים, בהתאם לתעריף מוסכם ליום עבודה רגיל. התעריף נקבע בדולרים, והמשיבה היא שקבעה את שער החליפין של הדולר, והעמידה אותו על 4.3 ₪ לדולר, למרות שהשער היציג של הדולר באותה תקופה היה גבוה יותר. כך, בחודש דצמבר 2002, חודש העסקתה הראשון של המערערת, שער החליפין היציג של הדולר נע בין 4.632 ₪ לדולר לבין 4.791 ₪ לדולר. המערערת קיבלה עבור מתן שירותיה בימי שישי ובחגים תמורה בגובה של 150% מהתמורה הרגילה.
8. על פי קביעתו של בית הדין האזורי, המערערת חתמה על הסכם (נספח א') לכתב ההגנה; להלן – **ההסכם**), בו הוגדר מעמדה כ"קבלן עצמאי", אשר כלל "סעיף גדרון".
9. בשנת 2007 הוחזר למערערת, על פי דרישתה, סכום שקוּוּז קודם לכן באותה השנה, בעקבות קביעתה של המשיבה להפחית את שער החליפין של הדולר בחישוב התשלום לפרילנסרים.
10. המערערת ביקשה להתקבל כעובדת שכירה במשיבה במספר הזדמנויות, ופנתה בעניין זה למספר בעלי תפקידים במשיבה (סעיף 13 לתצהיר המערערת; עדות מר אורי שלוש, משנה למנכ"ל המשיבה, ע' 36, ש' 27 – 33; עדות מר אבי אטיאס, ע' 28 ש' 1 – 4).
11. המשיבה העסיקה עוזרי במאי נוספים, חלקם במעמד של "עובד שכיר" וחלקם במעמד של "פרילנסר" (עדות מר שלוש, ע' 36, ש' 9 – 11).



בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 3575-10-11

נסיבות סיום עבודתה של המערערת - פיטורים:

12. מהעדויות ומכלל החומר בתיק בית הדין האזורי עולות העובדות הבאות.
13. לקראת שנת התקציב 2009 (שלחי שנת 2008), כחלק מצעדי התייעלות וחסכון במשיבה, הוחלט לצמצם את היקף העסקת נותני השירותים על בסיס פרילנס, עקב עלותם הגבוהה יחסית (סעיף 18 לתצהיר מר שלוש; סעיף 4 לתצהיר מר אטיאס, סמנכ"ל טלביזיה ובמאי ראשי במשיבה; עדות מר אטיאס, ע' 28, ש' 28). כפועל יוצא מהחלטה זו, בשנת 2008 צומצם היקף הזמנת השירותים מהמערערת (מוסכמה מס' 6 לרשימת המוסכמות שהוגשה על ידי הצדדים בבית הדין האזורי).
- בית הדין האזורי דחה את גרסת המערערת כי צמצום היקף הזמנת השירותים נבע מהתנכלות למערערת, ואין מקום להתערב גם בקביעה עובדתית זו. מכל מקום, כאמור, **אין מחלוקת כי חל צמצום בהיקף הזמנת השירותים מהמערערת בשנת 2008.**
14. המשיבה הציעה למערערת להיות מועסקת במעמד של עובדת שכירה, כאשר שכרה יעמוד על 7,500 ₪ ברוטו, בתוספת תנאים סוציאליים. המערערת דחתה הצעה זו, וראתה בה "הצעה מבזה", נוכח העובדה שלעובדת אחרת, שלטענתה הייתה עובדת מתחילה, שולם שכר בסך של 8,000 ₪.
15. ביום 5.11.2008 שלחה המערערת למר אטיאס מכתב, שזו לשונו:

אבי שלום,

בהמשך לשיחתנו אתמול, ברצוני להעלות את הדברים על הכתב:
מכיוון שבשבועות האחרונים פגעת באופן מוחשי בתנאי העסקתי בחברה, ומכיוון שעשית כל שיכולת על מנת להבהיר לי שאינך מעוניין בהמשך עבודתי בחברה, הודעתי לך שאני רואה את עצמי בדיון מפוטר תוך 30 יום.

במהלך השיחה אישרת שזוהי הוראה שלך "לתת עדיפות לפרילנסרים אחרים", לא הצעת לתקן את הפגיעה ואף לא הכחשת שאינך מעוניין בהמשך עבודתי בחברה ושעשית הכל על מנת להעביר את המסר.

לטענתך הצעת לי להפוך להיות שכירה ואני סירבתי (עובדה שמצדיקה התנכלויות ופגיעה בתנאי העסקתי?). הצעה זו, שהייתה



בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 3575-10-11

נמוכה מהשכר אותו משלמת החברה לעוזרי במאי מתלמידים, הייתה הצעה מבזה שכל מטרתה לפגוע בי.
(כידוע לך בשנים האחרונות בשיחות עם דני שדה, אבי וייס ואיתך הבהרתי מספר פעמים כי ברצוני להפוך לעובדת שכירה בחברה, תוך נכונות לפשרה בגובה המשכורת. חברת החדשות/אתה בחרת להשאיר את המצב כפי שהוא).

(ההדגשה במקור – ל.ג.)

16. לאחר שנשלח מכתבה של המערערת, עקב צרכי העבודה של המשיבה, מחסור בעוזרי במאי, החליט מר אטיאס לאשר ולהגדיל את מכסת ימי העבודה שהוזמנה מהמערערת (סעיף 5 לתצהירו של מר אטיאס; עדות מר אטיאס, פרוטוקול ע' 28, ש' 30).

17. בראשית חודש דצמבר המערערת פנתה למר אטיאס והבהירה לו כי נוכח העובדה שהוחזרה מכסת העבודה הקודמת היא מרוצה ומעוניינת להמשיך לעבוד (תצהיר המערערת, סעיף 26; עדות מר אטיאס, ע' 27, ש' 9; ע' 29, ש' 5). מר אטיאס הבהיר למערערת כי נוכח מכתבה מיום 5.11.2008, שהועבר למחלקה המשפטית, עבודתה תגיע לסיומה בתוך 30 יום ממועד המכתב (עדות מר אטיאס, ע' 29, ש' 4 – 8).

18. בתצהירו (סעיף 8) העיד מר אטיאס כי **"משלא הצלחנו להגיע עם התובעת להבנה לגבי משכורתה כשכירה ערכנו התייעצות פנימית בנתבעת בה הוחלט שלא להיענות לדרישות הכספיות של התובעת ולהפסיק להזמין למתן שירותי פריילנס"**. כן אישר מר אטיאס כי במועד סיום ההתקשרות עם המערערת המשיבה הפסיקה לעבוד עם פריילנסרים **"עקב קשיים כלכליים. מי שמרוויח הרבה העדפנו באותה תקופה לא לשכור את שירותיו"** (ע' 28, ש' 28). מר שלוש העיד כי **"הפסקנו להעסיק אותה כפריילנסרית"** (ע' 35, ש' 32), וכי **"אבי אמר לי בזמנו שהוא סיים את העסקתה"** (ע' 38, ש' 7).

19. אני סבורה, כי מהשתלשלות האירועים כמפורט לעיל, ובעיקר מעדויותיהם של מר אטיאס ומר שלוש, שהן בגדר "הודאת בעל דין", המשיבה היא שסיימה את ההתקשרות עם המערערת. לפיכך, יש לראות את נסיבות סיום ההתקשרות בין המערערת לבין המשיבה כפיטורים.



בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 3575-10-11

20. אכן, המערערת הודיעה ביום 5.11.2008 כי היא רואה את עצמה "**בדין מפורט בתוך 30 יום**" נוכח ההרעה בתנאי העסקתה, העדר נכונות של המשיבה לתקן את הפגיעה בתנאי העסקתה, והעדר הסכמה על תנאי עבודתה כשכירה. גם אם הדבר לא נאמר במכתב במפורש, מנוסח המכתב כמכלול, על רקע הנסיבות בהן נכתב, משתמע כי מדובר ב"**התראה**", שבהתאם לפסיקה חייב עובד לתת למעסיקו בטרם התפטרות על פי סעיף 11 לחוק פיצויי פיטורים, תשכ"ג-1963. ואכן, אין חולק כי המערערת הבהירה בשיחתה עם מר אטיאס כי נוכח תיקון הפגיעה היא מבקשת להמשיך את ההתקשרות ביניהם, ומר אטיאס אישר עובדה זו בעדותו. כעולה **במפורש** מעדותם של מר אטיאס ומר שלוש, **הייתה זו החלטה של המשיבה להפסיק את ההתקשרות עם המערערת כפריילנסרית**, לאחר שהתקיימה התייעצות פנימית, וזאת הן עקב רצונה של המשיבה להפסיק את ההתקשרות עם פריילנסרים שהעסקתם יקרה (עדות מר אטיאס, ע' 28, ש' 28), והן עקב העדר הסכמה עם המערערת על תנאי עבודתה כשכירה. כעולה **במפורש** מסעיף 8 לתצהירו של מר אטיאס, סיום העסקתה של המערערת לא היה תוצאה של מכתבה מיום 5.11.2008, אלא תוצאה של החלטה של המשיבה, שנתקבלה לאחר שנערכה התייעצות פנימית בחברה, נוכח העובדה שלא הושגה הסכמה עם המערערת על תנאי העסקתה כשכירה, ובלשונו של מר אטיאס - "**ערכנו התייעצות פנימית בנתבעת בה הוחלט שלא להיענות לדרישות הכספיות של התובעת ולהפסיק להזמין למתן שירותי פריילנס**". גם על פי עדותו של מר שלוש, בזמן אמת, מר אטיאס לא דיווח לו כי המערערת סיימה את עבודתה עקב התפטרותה, והדיווח שקיבל היה "**אבי הודיע לי בזמן שהוא סיים את העסקתה**". מעדותם של מר אטיאס ומר שלוש עולה כי **בזמן אמת** החברה לא ראתה את המערערת כמי שהפסיקה את ההתקשרות עם החברה, דהיינו התפטרה, אלא החברה קיבלה החלטה לסיים את העסקתה של המערערת כפריילנסרית, בשל החלטתה לצמצם העסקת פריילנסרים ובשל העדר הסכמה עם המערערת על תנאי עבודתה כשכירה.
21. מעבר לאמור אוסיף, בהתייחס לפסק דינו של בית הדין האזורי, כי על מנת שהתפטרותה של המערערת תזכה אותה בפיצויי פיטורים, די בכך שהוכיחה כי חלה הרעה בתנאי עבודתה – הפחתת שעות עבודתה וכפועל יוצא מכך



בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 3575-10-11

הפחתת שכרה – ולא נדרש כי תוכיח כוונה להתנכל לה בהפחתת שעות עבודתה, כפי שקבע בית הדין האזורי. אולם, המערערת אכן לא טענה, ולו כטענה חלופית, שיש לראות את סיום עבודתה כהתפטרות המזכה בפיצויי פיטורים, ולכן אין מקום לדון בשאלה אם התקיימו התנאים המזכים בפיצויי פיטורים על פי סעיף 11 (א) לחוק פיצויי פיטורים, תשכ"ג-1963.

22. כללו של דבר: המסקנה העולה ממכלול הראיות והעדויות שהיו לפני בית הדין האזורי, כמפורט לעיל, ובעיקר מהודאותיהם המפורשות של מר אטיאס ומר שלוש היא **שהמשיבה היא זו שהחליטה על סיום ההתקשרות עם המערערת כפריילנסרית**, הן עקב רצונה להפסיק להעסיק פריילנסרים שהעסקתם יקרה, והן עקב העובדה שהמערערת והמשיבה לא הגיעו להסכמה על תנאי העסקתה של המערערת כעובדת שכירה. לפיכך, נסיבות סיום העסקתה של המערערת הן **"פיטורים"**, והיא זכאית לפיצויי פיטורים ולתמורת הודעה מוקדמת.

הזכויות המגיעות למערערת - טענת הקיזוז וההשבה:

הפסיקה:

23. שאלת שיעורן של הזכויות המגיעות למי שהועסק כ"עצמאי" והוכר בדיעבד כעובד, כמו גם השאלה אם ומתי ניתן לקזז מזכויותיו של עובד, שהוכר בדיעבד ככזה, סכומים שקיבל עקב מעמדו כ"קבלן עצמאי", העולים על ה"שכר" שהיה משולם לו אילו הועסק מלכתחילה כ"עובד", נדונה רבות בפסיקתו של בית דין זה.

24. בפסק הדין המקיף בעניין **רופא** [ע"ע (ארצי) 110/10 **רפי רופא – מרקס סוכנות לביטוח בע"מ** (22.12.2011)], מפי חברתי השופטת דוידוב – מוטולה, הובאה סקירה מקיפה של פסיקת בית דין זה בסוגיה זו, על התמורות שחלו בה עם השנים, ועל הגישות השונות בהתייחס אליה. כפי העולה מהסקירה המקיפה בעניין **רופא**, העמדה המרכזית בפסיקתו של בית דין זה, דהיינו דעתם של רוב השופטים, הייתה כי יש לחשב את הזכויות הסוציאליות המגיעות למועסק כ"עצמאי" המוגדר בדיעבד כ"עובד" על בסיס השכר החלופי שהיה מקבל אילו היה מוגדר מלכתחילה כ"עובד". במקביל, אין לבצע קיזוז או השבה, כתוצאה מהפער בין התמורה ששולמה לו כ"קבלן



בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 3575-10-11

עצמאיי" לבין השכר שהיה משולם לו כ"עובד", אלא במקרים חריגים, כאשר התשלום ששולם בפועל היה גבוה באופן ניכר מזה שמבצע העבודה היה מקבל כעובד, ובנוסף הוסכם בין הצדדים כי אם יוכר מבצע העבודה בדיעבד כ"עובד" תיעשה השבה (סעיף "גדרון") או שהעובד הוא שדרש שמעמדו יהיה כשל "עצמאיי". מבחנים אלה אין ליישם באופן טכני אלא באופן מהותי, תוך שימת דגש מיוחד על תום לבם של הצדדים. בנוסף, גם אם מתקיימים התנאים החריגים לביצוע קיזוז – אין לחייב את העובד להשיב סכומים העולים על אלה שנפסקו לזכותו. עמדה זו באה לידי ביטוי, בין היתר, בפסקי דין אלה: ע"ע (ארצי) 300267/98 טויטו – מ.ש.ב. הנדסת קירור למיזוג אוויר (1965) בע"מ, פד"ע לו 354 (2002) (להלן – עניין טויטו); ע"ע (ארצי) 300256/98 אורי אייזיק – תה"ל תכנון המים לישראל בע"מ, פד"ע לו 825 (2002) (להלן – עניין אייזיק); ע"ע (ארצי) 570/07 פיליפ טיברמן – מקורות חברת מים בע"מ (24.12.2009) (להלן – עניין טיברמן); ע"ע (ארצי) גלובוס גרופ בע"מ – יואל מלכא (7.3.2010) (להלן – עניין גלובוס גרופ); ע"ע (ארצי) 1466/04 תדיראן בע"מ – ברנדה קרסנטי (15.4.2007); ע"ע (ארצי) עיריית גבעתיים – גדעון טלמור (19.11.2008). וראו גם: ע"ע (ארצי) מכללת רמת גן – אורי פרייס (13.12.2012) (להלן – עניין פרייס) שניתן לאחר פסק הדין בעניין רופא. אציין, כי חברי השופט (בדימוס) רבינוביץ הביע עמדה שלפיה, כדי להילחם ב"נוהג הנפסד להחתים עובדים על חוזים קבלניים", באותם מקרים בהם ברור כי המועסק הוא בגדר "עובד", ולא ניתנה למועסק זכות בחירה בין להיות מועסק כ"עובד" לבין להיות מועסק כ"עצמאיי", יש לשלם את הזכויות הסוציאליות על בסיס התמורה הקבלנית הגבוהה יותר [ע"ע (ארצי) 133/99 מרג'ה אליאס רפיק – מתכת סדום תעשיות (1989) בע"מ, פד"ע ל"ח 223 (2003)], עליה חזר גם בעניין גלובוס גרופ]. לעומת זאת, לגישת השופט רבינוביץ, ככל שניתנה למועסק, גם בדיעבד, זכות בחירה בין העסקה כ"עובד שכיר" לבין העסקה כ"עצמאיי", והתמורה הקבלנית ששולמה לו הייתה גבוהה במידה ניכרת משכרו כ"עובד", ניתן לקזז את התמורה העודפת ששולמה לו מהזכויות הקוגנטיות המגיעות לו כעובד [ע"ע (ארצי) 31997-09-10 אמנון רבזין – בנק לאומי לישראל בע"מ (29.3.2012)].



בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 11-10-3575

25. בפסק הדין בעניין **רופא**, הוסיף בית דין זה בעיקרו של דבר ללכת בתלם שחרשה הפסיקה, עת קבע כי זכויותיו הסוציאליות של מועסק המוגדר בדיעבד כ"עובד" תחושבנה לפי השכר החלופי שהיה מקבל אילו היה מוגדר מלכתחילה כ"עובד". כן נפסק כי עובד שסווג באופן שגוי כ"עצמאי" יהא זכאי לכל הזכויות הכספיות שנשללו ממנו (בכפוף לתקופת ההתיישנות, נטלי הוכחה והדין המהותי ביחס לכל אחת מהזכויות), על סמך השכר החלופי כפי שייקבע על ידי הערכאה הדיונית, וזאת מבלי שניתן יהא לקזז ממנו סכום כלשהו כתוצאה מהפער בין התמורה "הקבלנית" לבין השכר החלופי כפי שנקבע עבורו. סייג לכלל זה יתאפשר רק במקרים חריגים, בהם ישתכנע בית הדין בדבר **חוסר תום לב קיצוני** של המועסק. מבחני העזר לצורך הקביעה אם הופרה חובת תום הלב באופן קיצוני הם **פער ניכר בין התמורה כ"עצמאי" לבין השכר החלופי, ובנוסף לכך (במצטבר) קביעה עובדתית כי הבחירה במתכונת ההתקשרות ה"קבלנית" הייתה של המועסק ולא של המעסיק** – בין מתוך יוזמה שלו מטעמיו, ובין לאחר שניתנה לו אפשרות **אמיתית** לבחור בין העסקה כ"עובד" לבין העסקה כ"עצמאי" בשכר גבוה יותר והוא בחר באחרונה. ככלל, לצורך הוכחת חוסר תום לב קיצוני אצל המועסק, יידרש המעסיק להוכיח כי התמורה "הקבלנית" עמדה על 150% לפחות מהשכר החלופי, אולם ניתן לסטות משיעור זה בהתקיים טעמים לכך. (וראו בעניין זה סעיף 41 להלן).

26. גישה אחרת באה לידי ביטוי בעיקר בפסיקתו של השופט שמואל צור, שלפיה מועסק שהוכר בדיעבד כעובד צריך להשיב את תשלומי "היתר" שקיבל כ"עצמאי" [ע"ע (ארצי) 99/6 מרכז קהילתי אזורי רמת הגולן – חנה יפהר (24.6.2007); ע"ע (ארצי) 231/05 חיים קרן – הדסים חברה לפיתוח חקלאי בע"מ (26.12.2006)].

27. הגישה הנוספת היא גישתו של חברי, הנשיא פליטמן, כפי שהובאה בדעת המיעוט בעניין **עברון** [ע"ע (ארצי) 308/08 עמוס עברון – אנוש מערכות ניהול והנדסה חברה בע"מ (20.1.2011)], אותה הציג בהרחבה בחוות דעתו (להלן אכנה אותה "**הגישה החישובית**"). לפי גישה זו, במקרים ברורים, בהם המעסיק ידע כי מי שהוא בוחר להעסיקו כקבלן עצמאי הוא לאמיתו של דבר עובד, יש לנקוט גישה הרתעתית, שלפיה הזכויות הסוציאליות ישולמו על



בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 3575-10-11

בסיס התמורה החודשית הכוללת ששולמה לעובד. לעומת זאת, במקרים בהם קביעת המעמד כעובד אינה ברורה מלכתחילה, יש לאמץ את "הגישה החישובית", שלפיה העובד יהיה זכאי לתשלום זכויות סוציאליות רק אם התמורה הכוללת ששולמה לו לא כיסתה את מלוא הזכויות הסוציאליות שהיו מגיעות לו כעובד.

המדיניות הראויה – קביעת כלל שירתי מעסיק מלסווג "עובד" כ"עצמאי":

28. בפסק הדין בעניין רופא עמד בית דין זה על השיקולים הנורמטיביים - תכליות דיני עבודה - שעליהם להנחות אותנו בדיון בסוגיה זו:

"ההנחה הבסיסית של משפט העבודה היא כי אין להתנות על קיומם של יחסי עובד – מעביד, כמו גם על חלותם של חוקי המגן. הדבר נובע מנקודת מוצא כי העובד מצוי – במרבית המקרים – בעמדת מיקוח חלשה משל המעסיק, ולכן אין ליתן תוקף לויתורו על זכויות בסיסיות. לכך מתווספת ההכרה כי כוח העבודה אינו "מצרך", ולכן נדרשת התערבות המחוקק לצורך הנחלת ערכים סוציאליים בסיסיים שהחברה בחרה להגן עליהם.

....

נקודת המוצא של משפט העבודה הינה לפיכך כי יחסי עובד – מעביד אינם תלויים ברצונם של הצדדים או בהסכמות החוזיות ביניהם, אלא במאפייניה המהותיים של ההתקשרות ביניהם ובהיותו של המועסק 'טעון הגנה' בהתאם לערכים שמשפט העבודה נועד לקדם ולקריטריונים שנקבעו לאורם בפסיקה. באותו אופן, גם שליטת הצדדים על תוכן ההתקשרות החוזית שביניהם הינה מוגבלת, הן בשל מספר מקורות נורמטיביים – חוקי המגן, צווי ההרחבה והסכמים קיבוציים – עליהם לא ניתן להתנות, והן בשל קביעות שיפוטיות בדבר תניות מכללא – דוגמת החובה לנהוג בתום לב והגינות וחובות המשנה המעשיות הנובעות ממנה – המצויות בכל הסכם עבודה".

להכרה במועסק כ"עובד" השלכה גם להיבטים משפטיים נוספים, חלקם בעלי משמעות רבה, דוגמת דיני ביטוח לאומי, דיני המס, דיני נזיקין, דיני בטיחות וגהות ועוד".



בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 3575-10-11

29. לגישתי, נקודת המוצא לדיון היא שהמדיניות הראויה להגשמת תכלית דיני העבודה מחייבת שכל מועסק שהוא לאמיתו של דבר עובד יסווג מלכתחילה כ"עובד" ולא כ"עצמאי", וייהנה בזמן אמת, במהלך תקופת עבודתו ולא בדיעבד, מכל הזכויות המגיעות לו כ"עובד" על פי החוק והפסיקה.

30. כפי שנקבע בעניין רופא, אינטרסים שונים עשויים לתמרץ מעסיקים להתקשר עם מועסק שהוא לאמיתו של דבר עובד כ"עצמאי": השגת גמישות רבה יותר בהעסקה; עלויות נמוכות יותר; הימנעות ממחויבויות לא כספיות כלפי עובדים דוגמת ביטחון תעסוקתי; הקטנה של מספר "העובדים" שעשויים להתארגן ולנהל מאבק ארגוני. לכך ניתן להוסיף גם רצון להימנע מתחולתם של צווי הרחבה והסכמים קיבוציים; עקיפת מגבלות שונות המוטלות על העסקתם של עובדים, במיוחד עת מדובר בהעסקה במגזר הציבורי - הצורך בתקן להעסקת העובד או איסור להעסיק עובד בתנאי העסקה החורגים מתנאי ההעסקה המאושרים על פי סעיף 29 לחוק יסודות התקציב, התשמ"ה – 1985.

31. נוכח החשיבות שיש לסיווגו של מועסק שהוא לאמיתו של דבר עובד כ"עובד", ונוכח העובדה שאינטרסים שונים עשויים להביא מעסיקים להעסיק מועסק שהוא לאמיתו של דבר עובד כ"עצמאי", יש לקבוע כללים אשר יגשימו את המטרה, דהיינו שכל מועסק שהוא לאמיתו של דבר עובד יסווג כ"עובד" ולא כ"עצמאי" בתחילת תקופת העסקתו, וייהנה בזמן אמת, במהלך תקופת עבודתו ולא בדיעבד, מכל הזכויות המגיעות לו כ"עובד" על פי החוק והפסיקה.

32. גם בפסיקה שקדמה לפסק דין רופא עמד בית דין זה על כך שיש ליצור כלל שירתיע מעסיקים מלהעסיק מועסק שהוא לאמיתו של דבר עובד כ"עצמאי", ולשלול ממנו בהסכמים זכויות מכוח חוקי המגן. (ראו לעניין זה: עמדת השופט רבינוביץ בעניין מתכת סדום [ע"ע (ארצי) 133/99 מרג'ה אליאס רפיק – מתכת סדום תעשיות (1989) בע"מ, פד"ע ל"ח 223 (2003)], עליה חזר גם בעניין גלובוס גרופ; דברי הנשיא אדלר בסעיף 10 לחוות דעתו בעניין גלובוס גרופ). בהמשך לפסיקה זו נקבע בעניין רופא כי נוכח תכליתו של משפט העבודה, ועל מנת למנוע מצב של איון תכליותיו של משפט העבודה, יש לקבוע כללים משפטיים אשר "יתנו תמריץ שלילי מפני סיווג שגוי מודע



בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 3575-10-11

של 'עובדים' כ'עצמאיים', כמו גם תמריץ חיובי לבדיקה מקיפה של מעמדם טרם התקשרות עימם על מנת להקטין במידת האפשר את הסיווגים המוטעים בתום לב".

33. פן אחר של המדיניות שנועדה לתמרץ מעסיקים שלא להעסיק עובדים כעצמאיים הוא הטלת האחריות על המעסיק לסיווג הנכון של המועסק – **עובד או עצמאי**. זאת, לא רק מהטעם שלמעסיק קל יותר לבדוק מהו הסיווג הנכון, כאמור בפסק דין רופא (סעיף 41). ככלל, דיני העבודה מטילים חובות על המעסיק, כאשר בחלק מהמקרים הוא אף נושא באחריות פלילית בשל הפרתו. לכן, אין סימטריה בין העובד לבין המעסיק באחריות לקביעת מתכונת העסקה של מזמין – קבלן עצמאי כאשר מדובר לאמיתו של דבר ביחסי עובד ומעביד, ועל המעסיק מוטלת האחריות לסיווג הנכון של מועסק כ"עובד". ברוב המקרים של המעסיק הוא שקובע את מתכונת ההתקשרות, וברוב המקרים למעסיק גם היכולת להכתיב למועסק את מתכונת ההתקשרות – העסקה כ"עובד" או כ"עצמאי". למעסיק יש גם את הכלים – מידע וייעוץ משפטי – לבחינת סיווגו הנכון של המועסק. לאותם מקרים בהם המועסק הוא זה שכפה את העסקתו כ"עצמאי" ניתן מענה בכללים שנקבעו בפסיקה, שכן משקל משמעותי ניתן לחובת תום הלב המוטלת על הצדדים בכלל, ולעובדה שהעובד דרש להיות מועסק כעצמאי בפרט.

34. נוכח הצורך בקביעת כלל שירתיע מעסיקים מלהעסיק "עובד" כ"עצמאי", ובשל עמדתי שלפיה יש להטיל על המעסיק את האחריות לסיווג הנכון של "מועסק" כעובד, חולקת אני על גישתו של חברי, הנשיא פליטמן, שלפיה יש מקום ליישם את "הגישה ההרתעתית" רק "במקרים ברורים, בהם המעביד ידע נוכח טיב הקשר הברור כי מי שהוא בחר להעסיקו כקבלן הינו בעצם עובד", ועל גישתה של חברתי, השופטת אנגלברג שהם, שלפיה יש מקום להטיל על המעסיק עלויות החורגות מההסכמה בינו לבין המועסק רק אם המעסיק פעל בחוסר תום לב, במודע ובמטרה ברורה על מנת לפגוע בזכויות העובד. כפי שאיננו מחילים מבחנים אלה להטלת אחריות אזרחית ואף פלילית על מעסיק שלא מילא את חובותיו על פי חוקי המגן, אין מקום להחלת מבחנים אלה על מעסיק שסיווג מי שהוא לאמיתו של דבר עובד



בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 3575-10-11

כ"עצמאיי". כאמור, יש מקום להטיל על המעסיק חובה לבדוק את סיווגו הנכון של המועסק עוד קודם להעסקתו. בנוסף, בעניין רופא עמדה חברתי השופטת דוידוב – מוטולה על הקושי הפרקטי שעלול להיווצר כתוצאה מגישה זו (סעיף 69 לחוות דעתה בעניין רופא).

35. לדעתי, "הגישה החישובית", המוצעת על ידי חברי, הנשיא פליטמן, **מסכלת את השגת המטרה** – מניעה של שלילת זכויות מעובדים על ידי העסקתם כעצמאיים. על מנת להגשים מטרה זו, בין היתר, יש לקבוע כללים משפטיים שירתיעו מעסיקים מלנהוג כך, ולסווג מועסק שהוא לאמיתו של דבר עובד כ"עצמאיי". לפיכך, הכלל צריך להיות של היעדר השבה וקיוו, **למעט באותם מקרים חריגים המצדיקים זאת**. קביעה כי הכלל הוא עריכת קיוו בדיעבד, עלולה ליצור תמריץ למעסיקים להמשיך להעסיק מועסק שהוא לאמיתו של דבר עובד כ"עצמאיי", שכן נוכח עריכת הקיוו בדיעבד לא ייגרם למעסיק הפסד כלכלי עקב הסיווג השגוי. יפים לעניין זה דבריה של חברתי, השופטת רוזנפלד, בעניין **טיברמן**:

"להבנתי, קביעת המסגרת המשפטית בהתאם לכלל בדבר העדר חובת השבה, .. וגזירת החריגים מכלל זה, היא העולה בקנה אחד עם עיקרים העומדים ביסוד משפט העבודה, קרי, למנוע שלילת זכויות מעובדים באמצעות העסקתם כעצמאיים. מקובל עלי, כי בקביעת הכלל בדבר העדר חובת השבה, יש כדי להרתיע מעסיקים מעריכת הסכמים בהם ניתן עיגון משפטי לשלילת זכויות מכוח חוקי המגן כאמור, בעוד שהגישה ההפוכה תעודד את המעסיקים לנקוט בשיטת העסקה זו, וזאת מתוך ידיעה שאך מיעוט המועסקים נוקטים בהליכים משפטיים, ואם כבר תוגש תביעה, ממילא יזכו ב'השבה'".

אכן, על פי הכלל שנקבע בעניין רופא, אפשר שלעובד ישולם מעבר לזכאותו על פי משפט העבודה המגן, אילו היה מוגדר כעובד מלכתחילה. תוצאה זו היא "ההרתעה" או "התמריץ השלילי" שאמורים להניע את המעסיקים לבדוק את מעמדו האמיתי של המועסק, וככל שמדובר ב"עובד" – להעסיקו מלכתחילה כ"עובד" ולא להתקשר עמו כ"עצמאיי".



בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 3575-10-11

36. יתר על כן. כפי שנפסק בעניין **רופא**, וכמוסבר בהרחבה להלן, "הגישה החישובית" מתעלמת מזכויות רבות אותן מפסיד העובד עקב העסקתו כ"עצמאי", שלא ניתן או קשה מאד לכמתן כספית, כגון: ביטחון תעסוקתי שבמידה מסוימת נהנה ממנו גם עובד במקום עבודה לא מאורגן בשל חובות המוטלות על המעסיק מכוח הפסיקה (איסור לשנות חד צדדית את תנאי העבודה והשכר, החובה לנהוג בתום לב, בסבירות ובמידתיות, החובה לערוך שימוע לפני פיטורים); ביטחון סוציאלי למקרה של נכות או פטירה וצבירת זכויות פנסיה לגיל זקנה; הזכות לבחור ולהיבחר לארגון העובדים, להשתתף במאבק קיבוצי וליהנות מהגנת ארגון העובדים; פגיעה בתחושת השייכות למקום העבודה ועוד. מכאן, שעל פי "הגישה החישובית", לא זו בלבד שלמעסיק לא ייגרם כל נזק כלכלי כתוצאה מסיווג שגוי של מועסק כ"עצמאי", אלא הוא אף "ירוויח" מכך שלא יקיים את כל המחויבויות המוטלות על מעסיק שקשה לכמתן כספית, והן לא יבואו לידי ביטוי בהתחשבות שתיערך בדיעבד. גישת חברי הנשיא פליטמן, שלפיה אין לפצות על אבדן זכויות אלה מועסק שבחר במודע שלא להיחשב "עובד", אינה מתיישבת עם עקרונות היסוד של דיני עבודה, שלפיהם הזכויות המוקנות ל"עובד" מכוח מעמדו כ"עובד" אינן ניתנות לויתור או להתניה. זאת ועוד. משמעותה של גישה זו היא מתן תוקף להסדר של "שכר כולל" זכויות המגיעות לעובד, בניגוד להוראות סעיף 5 לחוק הגנת השכר, תשי"ח – 1958 וסעיף 28 לחוק פיצויי פיטורים, תשכ"ג – 1963, ולפסיקה שלפיה אין להביא בחשבון תשלומים בעד חופשה ששולמו לעובד במהלך תקופת עבודתו [ע"ע (ארצי) 324/05 אצ'ילדייב – עמישב שירותים בע"מ (27.3.2006)]. לטעמי, יש שוני מהותי בין קביעת כלל – "הגישה החישובית" – הנותן בכל מקרה תוקף להסדר של "שכר כולל", לבין התחשבות בשיעור התשלום הכולל ששולם לעובד רק במקרים החריגים בהם נערך קיזוז על פי הגישה שנקבעה בעניין **רופא** ובפסיקה בעקבותיו.

37. בהתייחס לעמדת חברתי, כי יישום הגישה שנקבעה בעניין **רופא** לא תביא לפתרון את העובדה שנמנע מהעובד לממש את זכויותיו הסוציאליות בעין ובזמן אמת או לפיצוי על הזכויות שנמנעו ממנו: אכן, באותם מקרים בהם הועסק עובד כ"עצמאי" הגישה שנקבעה בעניין **רופא** לא תפצה אותו. אולם,



בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 3575-10-11

גישת **רופא** יוצרת כלל שירתיע מעסיקים מלסווג מועסק כ"עצמאי" למרות שהוא לאמיתו של דבר עובד, ובכך תביא לצמצום התופעה של העסקת עובדים כ"עצמאים".

38. **כללו של דבר:** על מנת להגשים את תכליות משפט העבודה המגן, ולמנוע מצב בו נשללות מעובד זכויותיו על פי החוק, יש לקבוע כלל שירתיע מעסיקים מלסווג מועסק כ"עצמאי" למרות שהוא לאמיתו של דבר עובד. "הגישה החישובית" מסכלת את הגשמת מטרה זו ותעודד מעסיקים לסווג מועסק שהוא לאמיתו של דבר עובד כ"עצמאי".

הכלל שנקבע בעניין רופא צודק ומאזן כראוי בין המועסק לבין המעסיק:

39. כאמור, בעניין **רופא**, נקבע כי ככלל, עובד שסווג באופן שגוי כ"עצמאי" יהא זכאי לכל הזכויות הכספיות שנשללו ממנו (בכפוף לתקופת ההתיישנות, נטלי הוכחה והדין המהותי ביחס לכל אחת מהזכויות), על סמך השכר החלופי כפי שייקבע על ידי הערכאה הדיונית, וזאת מבלי שניתן יהא לקזז ממנו סכום כלשהו כתוצאה מהפער בין התמורה "הקבלנית" לבין השכר החלופי כפי שנקבע עבורו. עוד נקבע בעניין **רופא** כי חריג לכלל זה יתאפשר רק במקרים חריגים, בהם ישתכנע בית הדין בדבר **חוסר תום לב קיצוני** של המועסק. עצם הגשת התביעה להכרה במעמד כ"עובד" לאחר שנות התקשרות רבות **לא תיחשב בשום מקרה בפני עצמה כהפרת חובת תום הלב**. מבחני העזר לצורך הקביעה אם הופרה חובת תום הלב באופן קיצוני הם **פער ניכר בין התמורה כ"עצמאי" לבין השכר החלופי, ובנוסף לכך (במצטבר) קביעה** עובדתית כי הבחירה במתכונת ההתקשרות ה"קבלנית" הייתה של המועסק ולא של המעסיק – בין מתוך יוזמה שלו מטעמיו, ובין לאחר שניתנה לו אפשרות **אמיתית** לבחור בין העסקה כ"עובד" לבין העסקה כ"עצמאי" בשכר גבוה יותר והוא בחר באחרונה. בהקשר זה נפסק כי אין לשים דגש מיוחד על קיומו של "סעיף גדרון" בהסכם בין הצדדים, אלא ככל שיש בו כדי ללמד על מתן בחירה אמיתית למועסק לבחור את צורת העסקתו, כאשר לכך מתלווה פער ניכר בתמורה כאמור לעיל. כלומר, גם הסכם בו נכלל "סעיף גדרון" הוא אחד ממבחני העזר לקביעה אם יש לערוך קיזוז במקרה הקונקרטי. עם זאת, מבחני העזר אינם חזות הכול, וקיימת אפשרות לקבוע שגם בהתקיימם –



בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 3575-10-11

לאור כלל הנסיבות – אין לבצע "התחשבנות בדיעבד", ובאותו אופן קיימת אפשרות לקבוע שמוצדק לבצע "התחשבנות בדיעבד" גם כאשר מבחני העזר אינם מתקיימים, אך כלל הנסיבות מצדיקות לקבוע כי המועסק נהג בחוסר תום לב קיצוני. **ככלל**, לצורך הוכחת חוסר תום לב קיצוני אצל המועסק, יידרש המעסיק להוכיח כי התמורה "הקבלנית" עמדה על 150% לפחות מהשכר החלופי, למעט אם יובא טעם מיוחד לסטות מכך. ללא פער כאמור לא ניתן יהיה להסיק על חוסר תום לב קיצוני. עם זאת, לא די בעצם קיומו של הפער בתמורה על מנת להסיק על חוסר תום לב קיצוני, ויש לבחון גם את מבחני העזר הנוספים.

יש להדגיש, כי הכלל שנקבעו בעניין **רופא** אינו כלל חדש, אלא הוא מהווה גיבוש ועדכון מסוים של הכללים שנקבעו בפסיקה עניפה שקדמה לו (וראו האסמכתאות בסעיף 24 לעיל). כבר בפסיקה בעניין **טויטו** ובעניין **אייזיק** נדרש להוכיח **פער ניכר** בין התמורה הקבלנית לבין השכר החלופי של המועסק כעובד. לכן, יש לדחות את טענת המשיבה כי יש בהחלת ההלכה בעניין **רופא** משום פגיעה בעקרון ההסתמכות שלה.

40. לדעת חברי, הנשיא פליטמן, "הגישה החישובית" צודקת יותר מגישת הפער האחוזי של 50% בין התמורה הקבלנית לשכר החלופי לעובד, כפי שנקבעה בעניין **רופא**, שלטעמו היא "שרירותית ובלתי צודקת". אין בידי לקבל את עמדתו, ולדעתי ברוב המכריע של המקרים, "הגישה החישובית" יוצרת אי צדק וחוסר איזון בין זכויות המעסיק לבין זכויות המועסק, ומקפחת במידה משמעותית את העובד.

41. אקדים ואומר, כי הצגת הכלל שנקבע בעניין **רופא** ככלל **שרירותי** המבוסס אך ורק על פער אחוזי בשיעור של 50% בין התמורה הקבלנית לבין השכר החלופי אינה משקפת נאמנה את הפסיקה בעניין **רופא**. הפער האחוזי בשיעור של 50% הוא **אחד ממבחני העזר** שלפיהם יש לקבוע אם לקזז חלק מהתמורה הקבלנית מהזכויות המגיעות לעובד. כלל זה נקבע על יסוד הערכת שווי הזכויות הסוציאליות המקובלות ותוספת מסוימת בעד הגנה תעסוקתית וארגונית. אולם, כפי שנקבע בעניין **רופא**, מבחן עזר זה אינו חזות הכול, וקיימת אפשרות לקבוע שמוצדק לבצע "התחשבנות בדיעבד" גם כאשר מבחני העזר אינם מתקיימים, אך כלל הנסיבות מצדיקות לקבוע כי



בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 3575-10-11

המועסק נהג בחוסר תום לב קיצוני. ואכן, בעניין פרייס, בו הנחה בית דין זה את עצמו בהתאם לכללים שנפסקו בעניין רופא, נפסק כי למרות שהפער בין הסכומים ששולמו למועסק כ"עצמאי" לבין התשלומים שהיה מקבל כ"שכיר" עמד בחלק מהתקופה על 39.2%, נוכח העובדה שהוכח חוסר תום לב קיצוני של המועסק, יש להורות על עריכת התחשבות בדיעבד ועל קיזוז סכומים ששולמו לו ביתר כ"עצמאי", ביחס לשכרו החלופי. מנגד, כפי שנקבע בעניין רופא, לא די בעצם קיומו של הפער בתמורה על מנת להסיק על חוסר תום לב קיצוני של המועסק, ויש לבחון גם את מבחני העזר הנוספים, ובכלל זה האם המועסק בחר במתכונת התקשרות "קבלנית" בין ביוזמתו ובין לאחר שניתנה לו אפשרות אמיתית לבחור בין העסקה כ"עובד" לבין העסקה כ"עצמאי" בשכר גבוה יותר והוא בחר באחרונה. בכל מקרה, **מדובר במבחני עזר בלבד**, שנועדו לסייע בקביעה מתי מתקיים חוסר תום לב קיצוני, ואין בהם כדי לפגוע בשיקול דעתו של בית הדין להגיע למסקנה בדבר חוסר תום לב קיצוני בנסיבות אחרות.

42. זאת ועוד. הכלל שנקבע על דעת רוב השופטים בעניין רופא ובפסיקה שקדמה לו, אינו מתעלם לחלוטין מהאינטרסים של המעסיק, ומאזן בין זכויותיו של העובד לבין זכויותיו של המעסיק, בקובעו כי הבסיס לחישוב הזכויות הסוציאליות המגיעות למועסק שהוכר כ"עובד" הוא השכר החלופי שהיה משולם לו אילו הוגדר מלכתחילה כ"עובד", ככל שהמעביד הצליח להוכיח את שיעור השכר החלופי. זאת, להבדיל מהגישה שלפיה חישוב הזכויות הסוציאליות ייעשה על בסיס התמורה הכוללת ששולמה למועסק. מעבר לכך, הכלל שנקבע בעניין רופא נותן מענה מקרים בהם המועסק נהג בחוסר תום לב קיצוני, דהיינו דרש או בחר להיות מועסק כ"עצמאי" ושולמה לו תמורה קבלנית גבוהה בשיעור ניכר מהשכר החלופי כעובד, וכפי שנפסק בעניין פרייס ניתן להורות על עריכת התחשבות בדיעבד גם כאשר הפער היה פחות מ-50%, בנסיבות בהן הוכח חוסר תום לב קיצוני.

43. מעבר לעובדה ש"הגישה החישובית" עלולה לעודד מעסיקים להמשיך בשיטת העסקה של מועסק שהוא לאמיתו של דבר עובד כ"עצמאי", במקום ליצור תמריץ שלילי למעסיק להעסיק בשיטה זו, "הגישה החישובית" גם



בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 3575-10-11

אינה צודקת וגם אינה מאזנת כראוי בין זכויות המועסק לבין זכויות המעסיק. זאת, מנימוקים שיפורטו להלן.

44. ראשית, "הגישא החשובית", שמביאה בחשבון רק את שווי הזכויות הכספיות שנמנעו מהעובד, מתעלמת מזכויות רבות שהיו מוקנות למועסק אילו הועסק כ"עובד" שיש להן ערך כלכלי משמעותי, גם אם קשה או לא ניתן לכמתן כספית: ביטחון תעסוקתי ברמה זו או אחרת, שכן גם אם העובד מועסק במקום עבודה לא מאורגן מוטלות על המעסיק חובות שונות; פגיעה בזכות ההתארגנות – הזכות לבחור ולהיבחר לארגון העובדים, להשתתף במאבק קיבוצי וליהנות מהגנת ארגון העובדים; פגיעה באפשרויות קידום, כגון עקב היעדר זכאות לגשת למכרזים פנימיים או להגיש מועמדות לתפקידים המיועדים למועסקים במעמד של "עובד" בלבד; פגיעה בתחושת השייכות למקום העבודה. יפים לעניין זה הדברים שנאמרו בעניין רופא:

"יש לזכור כי עובד אשר מסווג באופן שגוי כ"עצמאי" ניזוק מעבר להיבט הכלכלי הצר של שווי הזכויות הכספיות שנמנעו ממנו. מערכת יחסי עבודה אינה כוללת רק את העמדת כוח העבודה כנגד שר עבודה אלא גם אפשרויות קידום, ביטחון תעסוקתי בדמות הגנה מפני פיטורים שלא כדין, קבלה בעין ובזמן אמת של הזכויות הסוציאליות הנקובות בחוקי המגן ובהסכמים הקיבוציים, הזכות לבחור ולהיבחר לנציגות העובדים ולקבל את סיועה הארגוני משך כל תקופת העבודה, הזכות לקחת חלק במאבק קיבוצי ושבתה, הזכות – והחובה – לקיים יחסי שיתוף מול המעסיק תוך תחושת שייכות למקום העבודה וגם "מערכת יחסים אישית ואנושית... באופן סביר בהתאם לסוג העיסוק בו מדובר" (ע"ע 478/09 יצחק חסידים – עיריית ירושלים, מיום 13.1.2011)."

45. שנית, "הגישא החשובית" מתעלמת מהחשיבות של קבלה בעין ובזמן אמת של הזכויות הסוציאליות הקבועות בחוקי המגן. כפי שנקבע בעניין רופא, **"על מנת להגשים את תכליות חוקי המגן לא די להעניק את הזכויות באופן כספי רטרואקטיבי, שהרי המטרה כי העובד יוכל לנצל בפועל תוך כדי תקופת העבודה".** ויפים לעניין זה דבריה של השופטת רוזנפלד בעניין טיברמן:



בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 3575-10-11

"בשיטת ההתחשבנות כפי שמוצעת על ידי השופט צור, לא בא לידי ביטוי הפסדו של העובד, שבזמן אמת נמנעו ממנו זכויות סוציאליות בעין, כגון הזכות לחופשה שנתית, מנוחה שבועית, מחלה, ולעיתים גם הגנה של ארגון העובדים במקום העבודה". (ההדגשה במקור – ל.ג.).
וראו גם דבריו של הנשיא אדלר בעניין גלובוס גרופ:

"יש לזכור, בהקשר זה, כי עובד המועסק כ"עצמאי" לכאורה, מפסיד משך כל אותן שנים זכויות בעין להן היה זכאי מכוח חוקי העבודה המגן, שערכן אינו רק כלכלי וששמילא לא ראה המחוקק אפשרות להמירן בתמורות כסף. בכך, הוא מפסיד תחושה של יציבות בעבודה משהמעסיק בפועל לא חש מחויבות לספק לו עבודה, אלא על פי צרכים מזדמנים".

46. **שלישית**, כידוע, מאז שנת 2008 חלה חובה על כל המעסיקים במשק לבטח את עובדיהם בביטוח פנסיוני מקיף, המעניק להם (או לשאיריהם) זכויות לפנסיה במקרה של נכות או פטירה חס וחלילה וכן צבירת זכות לפנסיה זקנה לאחר פרישתם מעבודה. עוד לפני תחילת החובה על כלל המעסיקים, במקומות עבודה רבים, לרבות המשיבה, היה מקובל לערוך לעובדים ביטוח פנסיוני. השווי הכספי של הזכות לביטוח פנסיוני על ידי המעסיק הוא פי עשרות מונים מהשווי הכספי של תשלומי המעסיק לקרן הפנסיה, גם אם מביאים בחשבון הפרשות על חשבון תגמולים ועל חשבון פיצויי פיטורים. ככל שחלילה יקרה אירוע של נכות או פטירה במהלך תקופת העסקתו של המועסק כ"עצמאי" הרי הוא או שאיריו, לפי המקרה, לא יהיו זכאים לפנסיה, ויעמדו לפני שוקת שבורה. כמו כן, הנזק האקטוארי הנגרם בכל שנה בה העובד לא מבטח בקרן פנסיה הוא עצום, ועולה בהרבה על השווי הכספי של הפרשות המעסיק לקרן הפנסיה.

47. **רביעית**, סיווגו של מועסק שהוא לאמיתו של דבר עובד כ"עצמאי" פוגע בו גם **בתום ולאחר סיום ההתקשרות**. כך, הוא אינו נהנה מההגנות המוקנות לעובד בהליך הפיטורים. כמו כן, לעתים אין חובה ליתן לו הודעה מוקדמת, לא משולמים לו פיצויי פיטורים והוא אינו זכאי לדמי אבטלה. כך, עם סיום ההתקשרות, המועסק נותר ללא רשת ביטחון סוציאלית, שיש בה כדי "לרכך" את הנפילה בעת המעבר ממצב של תעסוקה למצב של אבטלה.



בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 3575-10-11

48. נסיבות המקרה הנדון, מדגימות היטב מדוע "הגישה החישובית", שלפיה נערכת התחשבות בדיעבד רק בנוגע לזכויות הכספיות של המועסק כעובד במובן הצר, מביאה לתוצאה בלתי צודקת ובלתי מאוזנת.

48.1. כאמור, "הגישה החישובית" מתעלמת מזכותו של העובד לממש בעין את הזכויות המגיעות לו כעובד בזמן אמת, במהלך תקופת עבודתו. ואכן, המערערת העידה, ועדותה לא נסתרה, כי עת נעדרה מעבודתה עקב מחלה לא שולמה לה כל תמורה (עדות המערערת, ע' 6, ש' 18 – 19). עניין זה לא הובא בחשבון ביישום "הגישה החישובית" על עניינה של המערערת. גם אם סכום דמי המחלה נכלל בתחשיב, אין בכך כדי לפצות על העובדה שבזמן שהמועסק היה חולה הוא נותר חסר הכנסה, במיוחד אם מדובר בתקופת מחלה ממושכת.

48.2. יתר על כן. המערערת העידה, ועדותה לא נסתרה, כי עקב חששה לאבד את מקור פרנסתה, נאלצה לקצר בחצי את חופשת הלידה שלה, וכבר לאחר **חודש וחצי** חזרה לעבודה סדירה (סעיף 18 לתצהיר המערערת). לפיכך, אני סבורה שקביעת חברי, הנשיא פליטמן, כי **"בהיותה נותנת שירות היא הייתה רשאית להאריך את חופשת הלידה כרצונה"** אינה עולה בקנה אחד עם הראיות. אילו הייתה המערערת עובדת שכירה הייתה זכאית לחופשת לידה בתשלום בת 14 שבועות, וכן לצאת לחופשה ללא תשלום לאחר פרק זמן זה. אין צורך להכביר מלים על חשיבות זכותה של עובדת להיעדר מעבודתה לאחר לידה, לצורך טיפול ברח' הנולד. עת מדובר בעובדת שכירה, הן חוק עבודת נשים, תשי"ד – 1954 והן חוק שוויון ההזדמנויות בעבודה, תשמ"ח-1988 מגנים עליה מפני פגיעה בזכויותיה ובמעמדה עקב הריון ולידה. לעומת זאת, במתכונת העסקתה כפריילנסרית, לא הייתה למערערת כל הגנה מפני פגיעה בזכויותיה עקב הריון ולידה, וכתוצאה מכך היא נאלצה אף לקצר את חופשת הלידה שלה. גם אם דמי הלידה שולמו לה על בסיס שכר גבוה יותר מהשכר שהיה משתלם לה כעובדת, לדעתי אין בעובדה זו כדי לפצות על שלילת הזכות להיעדר מעבודתה לאחר הלידה כדי לטפל בילדה. על פי "הגישה החישובית", כלל לא מובאת בחשבון הפגיעה במערערת בכך שלא יכלה לממש את זכותה כעובדת לצאת לחופשת לידה מלאה.



בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 3575-10-11

48.3. כאמור, "הגישא החשובית" לא מביאה בחשבון זכויות שיש להן ערך כלכלי, אך אינן ניתנות לכימות כספי מיידי וישיר, כגון ביטחון תעסוקתי. ואכן, במקרה הנדון, עת המשיבה החליטה לנקוט צעדי התייעלות וחיסכון, הראשונים להיפגע היו המועסקים במעמד של פריילנס, אשר המשיבה לא הייתה מחויבת להעסיקם במכסה מינימאלית, כך שצומצם במידה משמעותית היקף העסקתם והכנסתם או אף הופסקה ההתקשרות עמם לחלוטין. כאמור, אין מחלוקת כי בשנת 2008 צומצם היקף הזמנת השירותים מהמערערת, וכפועל יוצא מכך נפגעה הכנסתה. היעדר הביטחון התעסוקתי והפגיעה החד צדדית בהכנסתה של המערערת בשלהי תקופת העסקתה לא הובאו בחשבון ביישום "הגישא החשובית" על עניינה של המערערת.

48.4. גם לאחר סיום ההתקשרות נפגעו זכויותיה של המערערת עקב העסקתה במעמד של פריילנס. כך, לא שולמו למערערת פיצויי פיטורים, והיא לא הייתה זכאית לדמי אבטלה למרות שהייתה מובטלת תקופה ממושכת בת שבעה חודשים (עדות המערערת, ע' 7, ש' 4). התוצאה היא שלאחר הפסקת ההתקשרות עם המשיבה נאלצה המערערת להתמודד עם מצב של אבטלה ללא שהייתה לה אפילו רשת הביטחון הסוציאלית המינימאלית. גם עניין זה לא הובא בחשבון על פי "הגישא החשובית".

49. **כללו של דבר:** "הגישא החשובית", שלפיה נערכת התחשבות בדיעבד רק בנוגע לזכויות הכספיות של המועסק כעובד במובן הצר, מתעלמת מזכויות רבות אותן מפסיד המועסק עקב סיווגו השגוי כ"עצמאי". כפועל יוצא מכך, מחד – המעסיק לא ניזוק כספית, שכן מוחזר לו הפער בין השכר החלופי המגיע למועסק כ"עובד" לבין התמורה הקבלנית ששולמה למועסק כ"עצמאי"; מאידך, העובד מפסיד והמעסיק "מרוויח" אותן זכויות שקשה לכמתן כזכויות כספיות במובן הצר, אך יש להן שווי כלכלי משמעותי הן לעובד והן למעסיק. בכל מקרה, גישה זו אינה מביאה בחשבון זכויות רבות אותן הפסיד המועסק עקב סיווגו השגוי כ"עצמאי", הן זכויות שיש להן שווי כלכלי והן זכויות שהן בעלות משמעות רבה, גם אם לא ניתן לכמתן בכסף. לפיכך, "הגישא החשובית", הן בכלל והן בנסיבות המקרה הנדון, מביאה



בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 3575-10-11

לתוצאה בלתי צודקת, שאינה מאזנת כראוי בין זכויותיו של המועסק לבין זכויותיו של המעסיק.

ומן הכלל אל הפרט :

50. כמובהר בהרחבה לעיל, אני סבורה כי אין לפעול על פי "הגישה החשובית" הן משיקולי מדיניות ראויה, והן בשל כך שהיא מביאה לתוצאה בלתי צודקת ואינה מאזנת כראוי בין האינטרסים של המועסק לבין האינטרסים של המעסיק, הן בכלל והן בעניינה של המערערת בפרט. לעומת זאת, הכללים שנקבעו בעניין **רופא** מביאים לתוצאה צודקת המאזנת כראוי בין זכויות המעסיק לבין זכויות המועסק. לפיכך, גם במקרה הנדון יש להחיל את הכללים שנקבעו בפסיקה בעניין **רופא**, שלפיהם אין לקזז מכספים המגיעים למערערת בעד זכויות קוגנטיות כעובדת, כספים ששולמו לה עקב מעמדה כ"עצמאית".

51. כמפורט להלן, במקרה הנדון, לא ניתן לייחס למערערת חוסר תום לב קיצוני, שכן העסקתה כפריילנסרית לא הייתה פרי בחירתה אלא נכפתה עליה על ידי המשיבה, ובכל מקרה שיעור התמורה ששולם לה לא עלה בשיעור ניכר על התמורה שהייתה משולמת לה כ"עובדת". כמו כן, לא נתקיימו נסיבות אחרות, המצביעות על חוסר תום לב קיצוני של המערערת, המצדיקות קיזוז הפער בין שכרה החלופי כעובדת לבין התמורה הקבלנית כנגד זכויותיה הקוגנטיות. עם זאת, בהתאם לפסיקה בעניין **רופא**, את זכויותיה של המערערת יש לחשב על בסיס שכרה כ"עובדת". זאת, מנימוקים שיפורטו להלן.

המערערת לא בחרה במתכונת העסקה של "פריילנס":

52. בית הדין האזורי קבע (סעיף 45 לפסק דינו) כי "הואיל והתובעת חתמה על ההסכם, הרי שהיא אישרה בחתימת ידה את האמור בו, לפיו העסקתה כקבלנית עצמאית נעשתה על פי דרישתה ולתועלתה וכי התמורה ששולמה לה על ידי הנתבעת הייתה גבוהה באופן ניכר מהתמורה שהייתה משולמת לה לו הועסקה כעובדת שכירה" (ההדגשה שלי – ל.ג.). גם חברי, הנשיא פליטמן, קבע כי "ניתנה למערערת זכות הבחירה בין יחסים אלה ליחסי



בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 3575-10-11

עובד מעביד, והיא בחרה במעמד של נותנת שירות, כי **"עם תחילת העסקתה חתמה המערערת מרצונה על הסכם העסקתה"** (ההדגשה שלי – ל.ג.) וכי **"על פי הסכם העסקתה, דרשה המערערת מהמשיבה להיחשב כנותנת שירות עצמאי"** (ההדגשה במקור – ל.ג.).

53. אני סבורה, כי אין לקבל את קביעתו של בית הדין האזורי, המבוססת כל כולה על כך שהמערערת חתמה על ההסכם, ולא על ניתוח הראיות והעדויות שהיו לפניו, ותוך התעלמות מהעובדה כי ההסכם נחתם במהלך תקופת ההתקשרות ולא בתחילתה. מהעדויות ומהראיות בתיק עולה כי מעמדה של המערערת כפרילנס נקבע על ידי המשיבה, משיקולי תועלת של המשיבה, ולא ניתנה למערערת זכות בחירה אמיתית. כפועל יוצא מכך, חולקת אני על נקודת המוצא לחוות דעתם של חבריי, שלפיה ניתנה למערערת זכות בחירה אמיתית בין העסקה כעובדת לבין העסקה כפרילנסרית, וכי היא בחרה ודרשה להיות מועסקת כפרילנסרית. להלן, אפרט את הנימוקים לכך.

54. ראשית, מעדותו של אבי אטיאס עולה חד משמעית כי הייתה זו בחירה של המשיבה להעסיק את המערערת כפרילנסרית, בשל הגמישות בהעסקתם של פרילנסרים, ובשל העובדה שאינם זכאים לזכויות של "עובד":

ש. ציינת בסעיף 4 שהחלטתם להפסיק את ההתקשרות עם פרילנסרים בגלל עלותם הגבוהה יחסית. למה אחרי שנתיים שלוש לעבודתה לא פנית ואמרת לה בואי תהיי שכירה כי העלות שלך כפרילנסרית מאד גבוהה לי?

ת. פרילנסר מטבעו מייצר לי גמישות בעבודה. לשכירים יש מילואים, מחלה, אירועים חריגים אצלי. לכן אנו נעזרים בפרילנסרים. קל להיעזר בהם בשעות הצורך.

(ע" 28, ש" 7 – 11).

55. שנית, המערערת העידה בתצהירה כי המשיבה הגדירה את מעמדה כפרילנסרית, ולמרות פניות שלה לא נענתה לשינוי מעמדה לעובדת שכירה. גרסה זו של המערערת לא נסתרה, ואף נתמכה בעדויות מטעם המשיבה. כך, מר שלוש העיד כי המערערת פנתה בכמה הזדמנויות לגורמים שונים בחברה וביקשה לשנות את מעמדה לעובדת שכירה (ע" 36, ש" 29 – 33). גם מר



בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 3575-10-11

אטיאס אישר בעדותו כי המערערת פנתה אליו **במספר הזדמנויות** וביקשה להיות מועסקת כעובדת שכירה (ע' 28, ש' 1 - 4). כפי העולה מהעדויות, רק **סמוך לסיום ההתקשרות**, הוצעה למערערת אפשרות להיות מועסקת כעובדת שכירה, בשכר של 7,500 ₪ לחודש. מכאן, כי במהלך תקופת ההתקשרות הייתה זו בחירתה של המשיבה כי המערערת תועסק כפריילנסרית.

56. **שלישית**, עיון בתצהירי העדות מטעם המשיבה מעלה כי כלל לא הועלתה בהם הטענה כי ניתנה למערערת אפשרות בחירה בין העסקה כעובדת שכירה לבין העסקה כפריילנסרית. כך, העיד מר שלוש בתצהירו (סעיף 8) כי המערערת התקשרה עם חברת החדשות כקבלנית עצמאית, בהתאם לעקרונות העסקת פריילנסרים. גם בעדותו, העיד מר שלוש כי **"אין מחלוקת שהיא הבינה שהיא פריילנסרית, הרי היא ביקשה לעבודה כשכירה"** (ע' 37, ש' 5).

57. אכן, המערערת חתמה על הסכם שבו נאמר כי מערכת היחסים בינה לבין המשיבה היא יחסים של קבלן עצמאי ומזמין שירות, וכן נאמר בהסכם כי **"הקבלן מצהיר, כי העסקתו כקבלן עצמאי כאמור בהסכם זה נעשית על פי דרישתו, לתועלתו ולאחר שהביע עניין מיוחד שלא להיות מועסק כעובד אלא כקבלן עצמאי"**. אולם, איני סבורה כי חתימתה של המערערת על הסכם זה מעידה כי ניתנה לה זכות בחירה בין העסקתה כ"עובדת" לבין העסקתה כ"עצמאית". מתצהירו של מר פלג, המשמש בתפקיד כלכלן ראשי במשיבה, עולה כי ההסכם לא נחתם בעת תחילת ההתקשרות עם המערערת לאחר שניתנה לה זכות בחירה בין העסקה כ"עובד" לבין העסקה כ"פריילנס", אלא כי **"לפני מספר שנים הוחלט בחברת החדשות להביא לידי ביטוי, גם בכתב, את מערכת היחסים שבין החברה לבין נותני שירותים הנשכרים על בסיס פריילנס"**, וכי על פי החלטה זו עסק **"בהחתמת כל הפריילנסרים על הסכם העסקה"**. מדובר היה אפוא במהלך חד צדדי של המשיבה, שנעשה לאחר שהמערערת כבר הועסקה כפריילנסרית, כאשר המערערת נדרשה ביחד עם פריילנסרים אחרים שהועסקו על ידי המשיבה לחתום על ההסכם, ללא שניתנה לה אפשרות אמיתית לבחור במתכונת העסקה כעובדת. גם מעדותו של מר פלג עולה כי במועד מסוים הוא נתבקש להחתים את הפריילנסרים (ע' 60 - 47 - מתוך 60).



בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 3575-10-11

31, ש' 2), ובלשונו תפקידו היה "להגיש [את ההסכם] לאותו אדם ולקחת חזרה" (ע' 33, ש' 21). כמו כן העיד מר פלג כי המערערת כבר עבדה במועד בו התחיל להחתים את הפריילנסרים על ההסכם, וקודם לחתימתה על ההסכם זה לא חתמה על ההסכם אחר (ע' 31, ש' 9 – 12). נציין, כי ההסכם עליו חתמה המערערת אינו נושא את מועד חתימתו, ומר פלג לא זכר באיזה מועד החתים את המערערת על ההסכם (ע' 32, ש' 14 – 20; ש' 32).

58. נוכח העדויות מהן עולה חד משמעית כי למערערת לא ניתנה זכות בחירה אמיתית בין העסקה כ"פריילנסרית" לבין העסקה כ"עובדת", וכי המערערת ביקשה להיות מועסקת כעובדת שכירה ובקשתה נדחתה, ונוכח נסיבות חתימת ההסכם כעולה מהעדויות, אין מקום לקבוע כי חתימתה של המערערת על ההסכם מעידה על בחירתה להיות מועסקת כ"פריילנסרית" ולא כעובדת שכירה.

59. לאמור לעיל בעניין בחירתה של המערערת להיות מועסקת כפריילנסרית יש להוסיף כי לבית הדין ידיעה שיפוטית, נוכח ההליכים הרבים שמתנהלים לפניו, כי בתחום התקשורת רווחת התופעה של העסקת פריילנסרים, וכי גורמים רבים בתחום התקשורת, לרבות בשידור הציבורי, מעדיפים להתקשר עם המועסקים במתכונת העסקה של פריילנס. [ראו למשל: ע"ע (ארצי) 300251/97 פלבן – רשות השידור, (11.1.2004); ע"ע (ארצי) 511/06 צחי שיף – רשות השידור (7.9.2008); עניין גלובוס גרופ; ע"ע (ארצי) 1076/04 מדינת ישראל – אדם שוב (11.7.2005); עב (ת"א) 6194/08 רונית אבידני – ענני תקשורת בע"מ ואח' (28.8.2012); עב (ת"א) 9441/06 ליאורה שכטמן – מדינת ישראל – הטלוויזיה החינוכית הישראלית (4.5.2008); ע"ב (ת"א) 6242/09 יוסף הרוש – ג.ג. אולפני ירושלים בע"מ (14.1.2013)].

כך, גם המערערת העידה כי בכל הגופים בהם עבדה הועסקה כנותן שירותים עצמאי (ע' 2, ש' 15 עד 24; ע' 3, ש' 17). העובדה כי בענף התקשורת רווחת התופעה של העסקה במעמד של פריילנס, משמעותה היא כי לעובדים רבים בענף זה אין יכולת אמיתית לבחור בין העסקה כ"עובדת" לבין העסקה כ"פריילנס" ויכולת להתמקח על מעמדם – פריילנס או עובד שכיר – בעת ההתקשרות עם המעסיק.



בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 3575-10-11

60. אשר לתוס' לבה של המשיבה, המעסיקה: בנסיבות המקרה הנדון, נוכח פסיקתו הענפה של בית דין זה בעניין מעמדם כ"עובדים" של מי שהועסקו בענף התקשורת כפריילנסרים, ספק רב בעיניי אם המשיבה לא הייתה מודעת לכך שהמערערת היא לאמיתו של דבר "עובדת", או שלכל הפחות קיימת בעייתיות בהעסקתה כפריילנסרית, המחייבת בדיקת המצב המשפטי. על המודעות של המשיבה לבעייתיות בהעסקת המערערת כפריילנסרית, ניתן ללמוד גם מכך שבמהלך תקופת עבודתה של המערערת (ולא בתחילתה) דאגה להחתים אותה על הסכם שיעגן את מעמדה, וכולל "סעיף גדרון".

61. **כללו של דבר:** המערערת לא בחרה להיות מועסקת במעמד של פריילנסרית, והמשיבה לא טענה ואף לא הוכיחה כי המערערת בחרה להיות מועסקת כפריילנסרית. ההיפך הוא הנכון. מהעדויות עולה כי המשיבה משיקוליה בחרה להעסיק את המערערת כפריילנסרית, ואף דחתה בקשה של המערערת במספר הזדמנויות להיות מועסקת כעובדת שכירה. רק לקראת סיום ההתקשרות הציעה המשיבה למערערת להיות מועסקת כעובדת שכירה. מדרישתה של המשיבה כי המערערת תחתום על הסכם הכולל סעיף גדרון עולה כי לכל הפחות במהלך תקופת העסקתה של המערערת המשיבה הייתה מודעת לכך שהעסקתה במעמד של פריילנסרית היא בעייתית.

לא התקיים פער ניכר בין התמורה הקבלנית לבין השכר החלופי כעובדת:

62. ב"סעיף גדרון" הכלול בהסכם עליו חתמה המערערת, קבעה המשיבה כי השכר החלופי של המערערת עומד על 76% מהתמורה הקבלנית ששולמה לה. לדעתי, בנסיבות בהן המעסיק הוא זה שניסח והכתיב את "סעיף גדרון", המעסיק מנוע מלהעלות טענה כי הפער בין התמורה הקבלנית לבין שכרו החלופי של המועסק כ"עובד" גבוה יותר מזה שנקבע על ידי המעסיק עצמו ב"סעיף גדרון". קביעת המשיבה בהסכם שלפיה השכר החלופי של המערערת עומד על 76% מהתמורה הקבלנית ששולמה לה, מהווה "הודאת בעל דין" בדבר הפער בין התמורה הקבלנית ששולמה למערערת לבין שכרה החלופי כ"עובדת". לפיכך, נקודת המוצא לדיון היא כי הפער בין התמורה הקבלנית ששולמה למערערת לבין שכרה החלופי כעובדת עומד על 24%.



בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 3575-10-11

63. בית הדין האזורי קיבל את עדותו של מר שלוש כי שכרה החלופי של המערערת כ"עובדת" הוא בשיעור של 7,500 ₪. אציין, כי המשיבה לא הציגה תלושי שכר של עובדים מקבילים למערערת, ואף לא הציגה נתונים בדבר הוותק והניסיון של העובדים השכירים. יתר על כן. מעדותו של מר שלוש עצמו עלה כי אין אחדות בתנאי שכרם של עובדים בתפקידה של המערערת (ע' 36, ש' 9 – 12), ולא ניתן כל הסבר מדוע שכרה החלופי של המערערת עומד דוקא על 7,500 ₪, ולא על סכום גבוה יותר, כפי שמשתכרים עובדים אחרים בתפקידה, לרבות כאלה בעלי ותק נמוך יותר.

מכל מקום, גם אם נקבל את גישת המשיבה שלפיה השכר החלופי עמד על 7,500 ₪ לחודש, המערערת השתכרה בממוצע סך של 10,314 ₪ לחודש. הרי הפער בין שכרה של המערערת כעובדת שכירה לבין הכנסתה כעצמאית עמד על כ- 28%, ופער זה ודאי אינו "פער ניכר".

בהתייחס להערתו של חברי, הנשיא פליטמן, כי יש לערוך את החישוב על בסיס שכר יומי ולא חודשי, ולהתחשב בעובדה כי התמורה הקבלנית שולמה למערערת בממוצע בעד 14 ימי עבודה בחודש: השאלה אם יש להשוות את השכר שהיה המועסק מקבל כשכיר לבין הסכומים ששולמו לו בפועל כאשר הועסק כעצמאי או בין הסכומים שהיה משתכר כעצמאי אילו הועסק במשרה מלאה עלתה גם בעניין גלובוס גרופ, ושם קבע הנשיא אדלר כך:

"הכלל בסוגיה זו צריך להסתמך על השוואה בין הסכומים שקיבל

העובד בפועל כאשר הועסק כעצמאי לבין השכר שהיה מקבל כשכיר.

הטעם לכך הוא שהחברות והצלם לא הגדירו את היקף עבודתו

כ"עצמאי" כמשרה חלקית" ואף אין זה צודק להגדירם כך כיום,

בדיעבד, כאשר נקבע שכר לצורך סוגיית ההשבה.

בפועל, מר מלכא עבד תקופה ממושכת אצל החברות, ונקבע שעיקר

פרנסתו היה מבוסס עליהן. כאשר הועסק כעצמאי השתנה היקף

העסקתו מחודש לחודש והיה תלוי בשיקול דעתן הבלעדי. במצב זה

לא היה נכון לחשב את היקף המשרה לצורך סוגיית ההשבה בדוך

הפוגעת בעובד".

(ההדגשה במקור – ל.ג.)



בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 3575-10-11

לאמור לעיל אוסיף כי העובדה שהמועסק כפריילנס מועסק שלא באופן מלא, על פי שיקול דעתו הבלעדי של המעסיק ובהתאם לצרכיו, היא ברוב המכריע של המקרים אחת הפגיעות במועסק עקב העסקתו כפריילנס, שאינו נהנה מביטחון תעסוקתי ומהכנסה חודשית מובטחת. כך, גם במקרה הנדון, המערערת נפגעה עקב החלטתה החד צדדית של המשיבה לצמצם את היקף ההתקשרות עמה. לפיכך, חישוב שכרו החלופי כשכיר של המועסק כאילו הועסק במשרה חלקית, בנסיבות בהן **לא הוסכם** מראש בינו לבין המעסיק על העסקה במשרה חלקית, מעצים פגיעה זו. לכן, יש לערוך את ההשוואה בין הסכומים שקיבל המועסק בפועל עת הועסק כעצמאי לבין שכרו החלופי כעובד שכיר.

64. לא נתקיימו נסיבות אחרות המעידות על חוסר תום לב קיצוני של המערערת, המצדיקות קיזוז הפער בין התמורה הקבלנית לבין שכרה החלופי כעובדת. ההיפך הוא הנכון. כאמור, המשיבה היא שכפתה על המערערת העסקה כפריילנסרית וזאת משיקוליה. המשיבה גם הייתה מודעת לכך שהעסקתה של המערערת כפריילנסרית היא בעייתית, ומטעם זה פעלה להחתים את המערערת ואת הפריילנסרים האחרים על הסכם שכלל "סעיף גדרון".

65. כאמור, לדעתי אין להחיל כלל את "הגישה החישובית" על עניינה של המערערת. מעבר לכך, בהתייחס לתחשיב המפורט בחוות דעתו של חברי, הנשיא פליטמן (סעיף 28): אני סבורה כי תחשיב זה אינו מדויק, מנימוקים אלה. **ראשית**, תחשיב הזכות של הפרשות לתנאים סוציאליים בשיעור של 6% מהשכר, מתעלם מכך ששווי הזכויות הפנסיוניות אותן הייתה המערערת צוברת אילו הועסקה כעובדת שכירה הוא גבוה בהרבה מסכום הפרשות לקרן; **שנית**, כעולה מעדותו של מר שלוש, המשיבה משלמת הוצאות נסיעה בסכומים גבוהים, על פי דיווח ועל פי קריטריונים (ע' 36, ש' 16). כך, לעובדת מקבילה למערערת שולמו הוצאות נסיעה בסך של כ- 1000 ₪ לחודש (ע' 36, ש' 17). עובדה זו גם מתחייבת ממיקום המשיבה ומכך שחלק מהעבודה מתבצע במהלך סוף השבוע בו אין תחבורה ציבורית סדירה. לפיכך, נראה לי כי קביעה שכעובדת הייתה המערערת זכאית להוצאות נסיעה בסך של 300 ₪ לחודש בלבד אינה מתיישבת עם הראיות. **שלישית**, אכן בעד ארבע השנים



בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 3575-10-11

הראשונות לעבודתה זכאית המערערת לדמי חופשה בשיעור של 4% מהשכר. אולם, התשלום בעד דמי חופשה גבוה יותר בעד שנות העבודה שמעבר לארבע השנים הראשונות. **רביעית**, בתחשיב לא באו לידי ביטוי הזכות לדמי מחלה, הזכות לשכר בעד ימי חג, הזכות לגמול בעד עבודה בשעות נוספות וחלק מעביד בתשלום דמי ביטוח לאומי.

66. כללו של דבר: המערערת זכאית לזכויות הקוגנטיות אותן תבעה, אותן יש לחשב על בסיס שכרה החלופי כעובדת, ואין לקזז מהן את הפער בין התמורה הקבלנית ששולמה לה לבין שכרה החלופי כעובדת.

הזכויות המגיעות למערערת:

67. נוכח הקביעה ב"סעיף גדרון" שנוסח על ידי המשיבה, וכעולה מהנתונים שהוכחו לפני בית הדין האזורי, שכרה החלופי של המערערת כ"עובדת" עומד על 7,838.89 ₪. לשם הנוחות, החישובים נערכים על בסיס שכר בסך של 7,839 ₪.

68. פיצויי פיטורים: המערערת עבדה במשך שש שנים, ולכן זכאית לפיצויי פיטורים בסך של 47,034 ₪.

69. תמורת הודעה מוקדמת: 7,839 ₪.

70. דמי הבראה: התביעה הוגשה לאחר סיום קשר העבודה, ולכן המערערת זכאית לדמי הבראה בעד שנתיים בלבד. במועד סיום ההתקשרות התעריף ליום הבראה היה 318 ₪ ליום, והמערערת הייתה זכאית ל- 7 ימים בעד כל שנה מהשנתיים האחרונות לעבודתה. לפיכך, המערערת זכאית לדמי הבראה בסך של 4,452 ₪.

71. פדיון ימי חופשה: המערערת תבעה בכתב התביעה פדיון ימי חופשה בעד שלוש שנות עבודתה האחרונות, בהן הייתה זכאית ל- 48 ימי חופשה (קלנדריים). השכר ליום קלנדרי עומד על 261.3 ₪ (7839/30). לפיכך, המערערת זכאית לפדיון חופשה בסך של 12,542 ₪.

72. נסיעות: המערערת תבעה דמי נסיעות על בסיס "מינימום", בסך של 250 ₪ לחודש. כאמור, מעדותו של מר אורי שלוש עולה כי סביר להניח שהיה משולם לה החזר הוצאות נסיעה בסכום גבוה יותר. אולם, אין לפסוק



בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 3575-10-11

לתובע מעבר לנתבע על ידו. לפיכך, המערערת זכאית להחזר הוצאות נסיעה בעד כל תקופת עבודתה, למעט חודש וחצי בהם לא עבדה עקב שהותה בחופשת לידה. לפיכך, המערערת זכאית להחזר הוצאות נסיעה בסך של 17,675 ₪.

73. נוכח קיומה של מחלוקת של ממש בין הצדדים, הסכומים המפורטים לעיל ישאו הפרשי הצמדה וריבית כחוק ממועד סיום קשר העבודה, 5.12.2008, עד למועד התשלום בפועל.

74. **סוף דבר:** לו דעתי תישמע, הערעור יתקבל, וישולמו למערערת הזכויות הקוגנטיות אותן תבעה, כמפורט לעיל. כמו כן, חיוב המערערת בהוצאות בבית הדין האזורי מבוטל.

75. נוכח הטענה החמורה שהעלתה המערערת, שלפיה חתימתה על ההסכם שבו נכלל "סעיף גדרון" זויפה, אין מקום לחייב את המשיבה בתשלום הוצאות.

השופטת יעל אנגלברג-שהם

1. אף אני מצטרפת לעמדת חבריי כי אין מקום להתערב בקביעות העובדתיות ובמסקנותיו של בית הדין קמא בכל הנוגע לקיומה של מערכת יחסי עובד-מעסיק ששררה בין הצדדים ובכל הנוגע לחתימת המערערת על ההסכם בין הצדדים. כך גם איני סבורה כי ניתן לקבוע שלמערערת לא ניתנה בחירה אמיתית להעסקתה כפריילנסרית. כאמור, מדובר בקביעות עובדתיות שאין דרכה של ערכאת הערעור להתערב בהן.

2. במחלוקת שנתגלעה בין חבריי בנוגע לזכות המשיבה לקיזוז והשבה של תשלומים ששולמו למערערת בסכומים העולים על זכויות המגיעות לה במסגרת יחסי עובד-מעסיק, דעתי נוטה לדעתו העקרונית של חברי הנשיא פליטמן שלפיה יד ה"גישה החישובית" היא על העליונה, וזאת בהסתייגויות מסוימות. ואבהיר.

3. קיימת חשיבות רבה לשמירה על זכויותיו של אדם כ"עובד" ומקום שנעשה ניסיון לפגוע בזכויות אלה על ידי הגדרת העובד כ"קבלן עצמאי", יש להוקיעו תוך הענקת זכויות העובד במלואן. אלא שלצד הענקה שכזו יש לבחון היטב



בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 3575-10-11

האם כתוצאה מאותו סיווג שגוי כ"קבלן עצמאי" נגרם לאותו העובד נזק, אם לאו, ומהו הפיצוי הראוי בגין אותו סיווג שגוי?

4. לעניין זה יש להבחין בין שני מקרים:

האחד-מקרה שבו התגמול שקיבל העובד כ"עצמאי" נמוך מהשכר החלופי בצירוף הזכויות הסוציאליות שלהן היה זכאי כעובד - פשיטא שהעובד זכאי לתשלומן.

השני - כאשר התגמול שקיבל העובד כ"עצמאי" זהה או קרוב או אף עולה בשיעור ניכר על השכר החלופי בצירוף הזכויות הסוציאליות שלהן היה זכאי כעובד. במקרה שכזה, אין מקום לראותו כמי שניזוק לעניין זכויותיו הסוציאליות ולעמדתו לא יהא זכאי להשלמה מעבר לתשלום שקיבל. מנגד, מקובלת עלי קביעת חברי הנשיא פליטמן כי אין לחייבו בהשבת ההפרש היות שהתשלום שקיבל עולה בקנה אחד עם הסכומים שהמעסיק התכוון לשלם לעובד בתמורה לעבודתו ואף אם יש מקום להגדיר אחרת את מערכת היחסים בין הצדדים, הרי שממילא הסכים המעסיק לשלם את אשר שולם בפועל ואין מקום לאפשר לו חזרה מהסכמתו זו.

על יסוד עקרונות אלה, מקובל עלי הניתוח שעשה הנשיא בהעדיפו את הגישה החישובית על פני הגישה האחוזית ואף אני מוצאת כי היא צודקת יותר ואינה מעדיפה את העובד על פני המעסיק או להיפך ואף לא את העובד העצמאי על פני עובד שהוגדר כך מלכתחילה, אלא מביאה לתוצאה שוויונית יותר. יתר על כן, כמפורט בהרחבה בעמדת הנשיא, כל תוצאה אחרת מביאה לאיפה ואיפה בין עובדים שונים וכביכול לפגיעה בזכויותיו של עובד המקבל שכר נמוך מהשכר הראוי לעובד או עובד המקבל שכר העולה ביותר מ - 50% משכר חלופי של עובד אל מול עובד המקבל שכר העולה כדי אך מעט פחות מ - 50% מהשכר החלופי של העובד.

5. לטעמי, הפגיעה האמיתית בעובד המועסק כ"קבלן עצמאי" אינה במסגרת הזכויות הסוציאליות הניתנות לכימות אלא דווקא באלה שלא ניתן לכמתן. זכויות אלה פורטו על ידי השופטת מוטולה-דוידוב בפרשת רופא (ע"ע 110/10 **רפי רופא - מרקס סוכנות לביטוח בע"מ**, סעיף 43 לפסק הדין, ניתן ביום



בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 3575-10-11

22.12.11; להלן: "פרשת רופא") וחברתי השופטת גליקסמן חוזרת ואף מוסיפה עליהן בחוות דעתה ומציינת כי הן כוללות פגיעה בזכות להתארגן ובהגנה הארגונית, פגיעה בזכות לצאת לחופשה ובביטחון התעסוקתי וכדו'.

6. בית דין זה בפרשת רופא עמד בהרחבה על התכליות העומדות בבסיס הרתעת המעסיק מלסווג עובד כעצמאי וקבע כי זו מחייבת קביעה קטגורית של העדר קיזוז והשבה למעט מקרים שבהם הוכח כי העובד פעל בחוסר תום לב. וכך קבע:

"השיקולים הנורמטיביים והפוזיטיביים המפורטים לעיל מובילים לטעמי לגישתה של עמדת הרוב, המהווה את ההלכה הנוכחית בפסיקתו של בית דין זה. הכלל הבסיסי, כפי שנקבע בפסיקה זו, הינו כי עובד שסווג באופן שגוי כ"עצמאי" יהא זכאי לכל הזכויות הכספיות שנשללו ממנו (בכפוף לתקופת ההתיישנות, נטלי ההוכחה והדין המהותי ביחס לכל אחת מהזכויות) - על סמך השכר החלופי כפי שייקבע על ידי הערכאה הדיונית - וזאת מבלי שניתן יהא לקזז ממנו סכום כלשהו כתוצאה מהפער בין התמורה ה"קבלנית" לבין השכר החלופי כפי שנקבע עבורו.

סייג לכלל זה יתאפשר רק במקרים חריגים, בהם ישתכנע בית הדין בדבר חוסר תום לב קיצוני של המועסק. רק ככל שבית הדין ישתכנע כאמור, על סמך מבחני העזר שנקבעו בפסיקה, יביא חוסר תום הלב לקביעה שיפוטית כי הסכומים שקיבל העובד לידיו משך תקופת עבודתו, ועולים על השכר החלופי שהיה מקבל לו היה מוגדר מלכתחילה כ"עובד" - שולמו לו תוך הפרת חובת תום הלב מצידו ולכן עליו להשיבם, במלואם או בחלקם. היינו, המקור המשפטי לביצוע הקיזוז הינו הפרת חובת תום הלב מצד המועסק, במקרים החריגים בהם תוכח הפרה כזו .. לאותה תוצאה ניתן להגיע גם על



בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 3575-10-11

בסיסו של חוק עשיית עושר, כמפורט לעיל. (הדגשות במקור

- י.א.ש.).

איני יכולה להסכים עם קביעה גורפת שכזו הבוחנת את תום ליבו של המועסק בלבד. לעמדותי, קיימים מקרים שבהם שני הצדדים קבעו מסגרת העסקה של יחסי קבלן מזמין אך איש מהם לא פעל בחוסר תום לב. האם במקרה שכזה, כאשר גם המעסיק לא פעל בחוסר תום לב, יש מקום להטיל עליו עלויות החורגות הן מההסכמה בין הצדדים, הן מהעלות של השכר החלופי שלו היה זכאי העובד מלכתחילה (בצירוף זכויות סוציאליות)? לטעמי התשובה לכך היא שלילית.

7. דעתי היא כי יש להסיט את מרכז הכובד מבחינת תום ליבו של המועסק בלבד (הקובעת כי יפוצה כל אימת שלא פעל בחוסר תום לב קיצוני) לבחינת **התנהלות שני הצדדים ותום ליבם**. על פי רוח הפסיקה, אין חולק כי כאשר פעל העובד בחוסר תום לב לא יהא זכאי לתשלומים נוספים. האם במקרה שכזה, יהא חב בהשבת התשלומים שקיבל והעודפים על השכר החלופי בצירוף הזכויות? כאמור, במקרה שכזה, מצטרפת אני לדעתו של הנשיא פליטמן כי משהתמורה שלה יהא העובד זכאי בעבור עבודתו הוסכמה בין הצדדים, אין לאפשר למעסיק לחזור בו מהסכמה זו ומכאן שאין ליתן תוקף לסעיף "גדרון" ואין מקום להשבה. (להבדיל מקיזוז כפי שפורט לעיל).

8. מנגד, אם ברור כי המעסיק פעל בחוסר תום לב יש להבחין בין שני ראשי נזק. **האחד**, הנזק הממוני הנובע מאי תשלום זכויות סוציאליות והוא נבחן כאמור בסעיף 4 לחוות דעתי ואני מצטרפת לעמדת הנשיא כי הדרך הנכונה היא לערוך חישוב נכון של הזכויות הממוניות שנמנעו מהעובד (כפי שפורט בסעיף 31 לחוות דעת הנשיא) ולבדוק האם קיבל העובד בפועל את שוויים של כל הזכויות שלהן הוא זכאי. **האחר** הוא הנזק שאינו ניתן לכימות אך בין היתר הוא בעל השלכות כלכליות (כגון פגיעה בביטחון התעסוקתי או בזכות לצאת לחופשה). ככל שהתכלית היא להבטיח את אי הפגיעה בזכויות אלה (ראו ההפניה בסעיף 28 לחוות דעתה של חברתי השופטת גליקסמן) (וככלל נראה שזו המטרה שאליה מכוונת הפסיקה אם כי הדרכים שבהן נוקטים השופטים



בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 3575-10-11

הן מגוונות), הרי שמדובר בפיצוי בגין נזק לא ממוני וכך יש להתייחס אליו. יש להדגיש כי הגישה ההרתעתית אינה יכולה להביא לקביעת זכויות יש מאין על בסיס השכר ששולם כעצמאי (ובכך שונה עמדתי מעמדת הנשיא) שכן הדבר עומד בסתירה לקביעה העובדתית בדבר שכרו החלופי של הקבלן כעובד, אך יש לה מקום נכבד במסגרת פיצוי לא ממוני בגין פגיעה שאינה ניתנת לכימות. פיצוי שכזה הוכר בפסיקת בתי הדין במקרים המתאימים שבהם חברו התנהגות לא הולמת או חסרת תום לב עם פגיעה (לאו דווקא ממונית) בעובד (ראו סעיפים 10 ו-13 לחוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה) התשל"א-1970; ע"ע 360/99 אהרון כהן - מדינת ישראל, פד"ע לח 1, ניתן ביום 24.6.02; ע"ע 16117-07-10 ישראל חסון רביקוביץ - M3 ישראל בע"מ, ניתן ביום 19.12.13 (סעיף 60 לפסק הדין); ע"ע 33680-08-10 דיזינגוף קלאב בע"מ, מועדון שייפדיזיין - יעקב זאילי, ניתן ביום 16.11.11; ע"ע 30585-09-12 יישום פתרונות אנושיים בע"מ ואח' - אורית בוסי, ניתן ביום 4.8.13, סעיף 27 לפסק הדין)

9. פיצוי שכזה יהא מקום להטילו מקום שבו מוכח כי המעסיק פעל במודע ובחוסר תום לב על מנת לפגוע בזכויות העובד. עמדתי היא כי בדומה לפיצוי בגין עוגמת נפש שככלל הנטייה היא שלא לגזור כאחוז מהשכר (ראו עמדתי בפרשת סעיף בר"ע 20418-03-13 משה סעיף - מנוסביץ רעות, ניתן ביום 7.11.13; ולאחרונה נקבע כך בפרשת ימית ע"ע (ארצי) 2808-03-11 ימית סינן וטיפול במים בע"מ - מלה קביטקה, ניתן ביום 10.11.14), ייתכן ויש מקום לקבוע כך גם במקרים כגון אלה. עם זאת, איננו נדרשים להכריע בעניין זה במסגרת הליך זה. כאמור, מדובר בפיצוי המשולם רק מקום שבו הוכח כי ההחלטה על אופן ההעסקה היתה בידי המעסיק וזו נתקבלה בחוסר תום לב במטרה ברורה להביא לפגיעה בזכויותיו של העובד. בכך יושג גם האפקט ההרתעתי.

10. מנגד, מקום שיקבע כי העובד פעל בחוסר תום לב בתביעה להכיר בו כעובד, לאחר שהיה מודע לאפשרויות העומדות מולו והוא שבחר באפשרות להתקשר כקבלן עצמאי וזכויותיו לא נפגעו, אין די בדחיית תביעתו ויש להטיל עליו הוצאות הולמות.



בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 3575-10-11

ואם יטען מאן שהוא כי גישה שכזו תרתיע את העובד מלפנות לבית הדין לבירור זכויותיו, יש להשיבו כי ככל שמדובר בשכר העובד על זכויותיו הסוציאליות, הרי שכאמור, היה וקיים הפרש, ייפסק זה לזכותו. היה והסכומים ששולמו לו עולים על השכר החלופי וזכויותיו הסוציאליות, אין הוא זכאי לדבר נוסף שהרי כלל לא ניזוק ממונית אלא להיפך, ויש לזכור כי העובד שהוגדר כקבלן עצמאי נהנה מזכויות נילוות ממעמדו זה לרבות זכויות מיסויות שונות.

ואילו מקום שבו ייקבע כי העובד בהגשת תביעתו פעל בחוסר תום לב שכן הוא עצמו ביקש להתקשר כעצמאי, הרי שבכל הנוגע לפגיעה בזכויות הלא ממוניות, הרי שכלל תביעה אחרת, אין די בדחייתה אלא שיש להטיל בגינה הוצאות הולמות.

11. לגופן של אותן זכויות שפירטו חבריי, היינו הפגיעה בהתארגנות, בזכות לצאת לחופשה, בביטחון התעסוקתי ובתחושת השייכות למקום העבודה, עמדתי היא כעמדת הנשיא שאין לראות בכל מקרה של העסקה קבלנית כפגיעה בזכויות אלה ויש לבחון כל מקרה לגופו. כך גם אין מקום להעדיף עובד שהועסק במעמד קבלן וליתן לו פיצוי על אי מתן אפשרות לניצול חופשה כאשר מנגד אין מכירים בזכותו של עובד מן המניין לפיצוי מעין זה.

12. חברתי השופטת גליקסמן מציינת כי הגישה החישובית מתעלמת מהחשיבות בקבלת הזכויות הסוציאליות בעין ובזמן אמת. לא מצאתי כי קבלת הגישה האחוזית מביאה לפתרון בעניין זה כפי שלא מצאתי שהגישה האחוזית מביאה לפתרון במקום שבו לא הופרשו בעבור העובד בגין זכויות פנסיוניות או נמנעו ממנו זכויות אחרות. **לשיטתי, תרופתם של כל אלה מצויה כאמור במתחם הפיצוי בגין נזק לא ממוני.** יודגש גם כי לעניין הפגיעה בזכויות הפנסיוניות, אין מקום להבחין בין עובד שסווג כקבלן לבין עובד שלא הופרשו זכויותיו לפנסיה במלואן. זה כמו זה, נפגעים באותו השיעור ואין מקום להעדיף את האחד על משנהו בבחינת אופן הפיצוי.



בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 3575-10-11

13. עוד אוסיף לעניין התביעה לתשלום פיצויי פיטורים, כי על פי עמדתי כמפורט לעיל, גם אם היינו מגיעים למסקנה כי המערערת זכאית לתשלום פיצויי פיטורים הרי שעל בסיס הגישה החישובית, כלולים אלה בסכומים שקיבלה והמערערת אינה זכאית לתשלומים נוספים. באשר לדמי האבטלה, משהוכרה המערערת כעובדת, זכאית הייתה לפנות בתביעה למימוש זכויותיה במעמדה זה או לפיצוי ממוני בגינו ככל שזה אינו נכלל בסכומים שקיבלה.

14. לגופו של הערעור שבפנינו, שלא כחברתי, לא מצאתי כי יש מקום להתערב בקביעותיו העובדתיות של בית הדין קמא בנוגע לנסיבות ההתקשרות ושיעור התשלום ששולם למערערת בגין עבודתה (כמפורט בסעיפים 28 ו-30(ד-ה) לחוות דעתו של הנשיא) והעולה בשיעור משמעותי על השכר החלופי (גם לעמדת המערערת עצמה). משכך, ממילא לא הוכח כי המשיבה נקטה בהתקשרותה עם המערערת בחוסר תום לב או בכוונה לפגוע בזכויותיה. על כן, אין מקום להורות על הענקת פיצוי בגין נזק לא ממוני.

15. מכל האמור, מצאתי להצטרף לעמדת הנשיא, ואף אני סבורה כי דין הערעור להידחות.

נציג ציבור (עובדים) מר ראובן רבינוביץ

מצטרף לעמדת הנשיא. באשר לפיטורים, אני סבור שהיו פיטורים ולא התפטרות. יחד עם זאת, אני מזדהה עם השופטת יעל אנגלברג-שהם, כפי שהביעה את עמדתה בסעיף 13 בכתב העמדה שלה, והמערערת איננה זכאית לפיצויי פיטורים.

נציג ציבור (מעסיקים) מר אמנון גדעון

ראשית, לאור פסיקת בית הדין האזורי הקובעת מחד קיום יחסי עבודה ומאידך את העובדת כמתפטרת ללא זכאות לפיצויים, אני מצטרף לדעת הנשיא והשופטת אנגלברג-שהם, כי דין הערעור להידחות.

עם זאת ברצוני להתייחס למספר נקודות העולות מפסק הדין של בית הדין האזורי ומהבנתי את השתלשלות האירועים והגורמות לתחושה בלתי נוחה בהקשר לאופן שבו נהגה המשיבה כלפי המערערת, ולהציע ביטול חיובה של המערערת בהוצאות בערכאה הקודמת ואי חיובה בהוצאות בערעור הנדון.



בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 3575-10-11

התרשמתי כי המשיבה הינה ארגון משומן וערוך היטב לניהול יחסי עבודה בשיטה של העסקת עובדים כקבלנים (פרילנס) הן באופן שבו נכרתים חוזי העבודה והן בניהול ההעסקה של עובדים אלו, ועם זאת, בבחינת הפאן של הוגנות בסיסית ביחסי עבודה והתייחסות אנושית התקיים ליקוי מהותי המנצל היטב את האפשרות לניהול "עובדים קבלנים" לטובת המעסיק תוך ניצול מניפולטיבי של האפשרויות המוקנות לו להתנהל כלפי מי שאינו מועסק ישירות על ידו (לדוגמא: צמצום היקף המשרה, ימי חופשה ומחלה, קיצור חופשת הלידה וכיו"ב).

לאור קביעת בית הדין האזורי כי המערערת התפטרה, אין לי אלא להעיר כי התרשמתי שהתנהלות המשיבה מראה כי עשתה כל שביכולתה על מנת לגרום למערערת להגיע למצב זה ואכן עלה הדבר בידה.

גם ההתייחסות לבקשות המערערת להפוך להיות עובדת מן המניין אצל המשיבה נדחו פעמים מספר ולבסוף הוצע לה שכר נמוך יחסית (להערכתי המקצועית) ובקשתה לשפר ההצעה בסכום לא מופרז נתקלה בסירוב וגרמה להאצת תהליך עזיבתה את המשיבה.

סוף דבר

על פי דעתו של אב בית הדין הנשיא יגאל פליטמן, אשר לתוצאתה הצטרפו השופטת יעל אנגלברג-שהם, נציג העובדים מר ראובן רבינוביץ ונציג המעסיקים מר אמנון גדעון, ובניגוד לדעתה החולקת של השופטת לאה גליקסמן, הערעור נדחה בזאת, ללא צו להוצאות.

ניתן היום, א' שבט התשע"ה (21 ינואר 2015), בהיעדר הצדדים ויישלח אליהם.

יעל אנגלברג שהם, שופטת

לאה גליקסמן, שופטת

יגאל פליטמן, נשיא, אב"ד

מר אמנון גדעון,
נציג ציבור (מעסיקים)

מר ראובן רבינוביץ,
נציג ציבור (עובדים)